This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

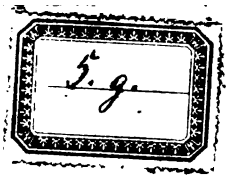
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



L. Rm. A. 12 e 11/6

Roman
500
S267c

Ka.

System

des

heutigen Römischen Rechts

von

Friedrich Carl von Savigny.

Sechster Band.

Mit K. Bairischen und K. Würtembergischen Privilegien.

Berlin.
Bei Veit und Comp.

1847.

BODL LIBR.
31.MAR 1922
OXFORD

Vorrede der ersten Abtheilung

(§. 256 — 279).

Die lange Unterbrechung des vorliegenden Werkes ist nicht durch verminderte Neigung zu dieser Arbeit, sondern allein durch die Menge unabweislicher anderer Arbeiten bewirkt worden. Um Dieses durch die That zu bewähren, die mehr, als eine bloße Versicherung, Eindruck zu machen geeignet ist, habe ich es für besser gehalten, den einzelnen Abschnitt des sechsten Bandes, zu dessen Ausarbeitung sich gerade die nöthige Zeit gewinnen ließ, abgesondert erscheinen zu lassen, als die Vollendung des ganzen Bandes abzuwarten. Es wird jedoch durch fortlaufende Seitenzahlen in der zweiten Abtheilung (welche die Lehre vom Urtheil enthalten soll) dafür gesorgt werden, daß der sechste Band auch in der

äußeren Erscheinung mit den vorhergehenden Bänden gleichförmig werde.

Den bisher erschienenen Theilen dieser Arbeit ist von manchen Seiten der nicht unerwartete Vorwurf gemacht worden, daß der, als eine Darstellung des heutigen Rechts bezeichnete, Plan des Werkes durch unverhältnißmäßige Einmischung historischer Untersuchungen oft verlassen und gestört werde. Diesem Vorwurf wird ohne Zweifel auch der gegenwärtige Abschnitt nicht entgehen. Zwar ist der Gegenstand desselben so praktisch, als irgend ein Stück unsres Rechtssystems; allein die vorliegende Behandlung desselben hat sich allerdings von ausführlichen historischen Untersuchungen nicht frei halten können. Auch werden diese Untersuchungen besonders dadurch bei Manchen Anstoß erregen, daß sie großentheils in dem letzten Ziel mit den Ansichten Anderer übereinstimmen, und nur den Weg, auf welchem Diese zu dem gemeinsamen Ziel gelangen wollen, als irrig darzustellen suchen. Ein Verfahren solcher Art wird von nicht Wenigen als unpraktisch angesehen.

Indessen kann ich mich, auch bei sorgfältigem Rückblick auf den jetzt beendigten Abschnitt, nicht

überzeugen, daß derselbe irgend Etwas enthalte, das nicht nothwendig wäre, um über den hier behandelten Gegenstand zu wirklicher Einsicht und Überzeugung zu gelangen. Ich weiß in der That hierüber Nichts zu Dem hinzuzufügen, welches schon in der Vorrede des ersten Bandes (S. XXXII. fg.) gesagt worden ist. So werden also auch ferner verschiedene Meinungen über das in dieser Arbeit eingehaltene richtige Maaß kaum zu vermeiden seyn.

Geschrieben im October 1846.

Vorrede der zweiten Abtheilung

(S. 280 — 301).

Durch die der zweiten Abtheilung gegebene Einrichtung ist die bei der ersten gegebene Zusage in Erfüllung gegangen, so daß jetzt der sechste Band mit den früheren Bänden durchaus gleichförmig geworden ist.

Geschrieben im Julius 1847.

Inhalt des sechsten Bandes.

Zweites Buch. Die Rechtsverhältnisse.

Viertes Kapitel. Verletzung der Rechte. Seite

§. 256. Litis Contestation. Einleitung 1

§. 257. Wesen der Litis Contestation. — I. Römisches Recht 8

§. 258. Wesen der Litis Contestation — I. Römisches Recht. (Fortsetzung.) 23

§. 259. Wesen der Litis Contestation. — II. Canonisches Recht und Reichsgesetze 36

§. 260. Wirkung der Litis Contestation. — Einleitung .. 48

§. 261. Wirkung der Litis Contestation. — I. Verurtheilung selbst gesichert 54

§. 262. Wirkung der Litis Contestation. — I. Verurtheilung selbst gesichert (Fortsetzung.) 63

§. 263. Wirkung der Litis Contestation. — I. Verurtheilung selbst gesichert (Fortsetzung.) 73

Seite.

§. 264. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. Einleitung 78

§. 265. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen 101

§. 266. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Fortsetzung) 106

§. 267. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Versäumte Früchte.) 113

§. 268. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen.) 121

§. 269. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung.) 133

§. 270. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung.) 138

§. 271. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — a) Erweiterungen. (Prozeßzinsen. Fortsetzung.) 148

§. 272. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen ... 164

§. 273. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Fortsetzung.) 170

Seite.

§. 274. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Fortsetzung.) 183

§. 275. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Zeitpunkt der Schätzung.) 198

§. 276. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Zeitpunkt der Schätzung. L. 3 de cond. tritic.) 216

§. 277. Wirkung der Litis Contestation. — II. Umfang der Verurtheilung. — b) Verminderungen. (Preisveränderung.) 227

§. 278. Stellung der Litis Contestation und ihrer Folgen im heutigen Recht 237

§. 279. Stellung der Litis Contestation und ihrer Folgen im heutigen Recht. (Fortsetzung.) 246

§. 280. Rechtskraft des Urtheils. Einleitung 257

§. 281. Rechtskraft des Urtheils. Geschichte 265

§. 282. Rechtskraft des Urtheils. Geschichte. (Fortsetzung.) 272

§. 283. Rechtskraft des Urtheils. Geschichte. (Fortsetzung.) 280

§. 284. Rechtskraft. I. Bedingungen. A. Formelle 285

§. 285. Rechtskraft. I. Bedingungen. A. Formelle. (Fortsetzung.) 295

§. 286. Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Arten des Urtheils 300

Seite.

§. 287. Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Fall der Verurtheilung des Beklagten 313

§. 288. Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Fall der Freisprechung des Beklagten 320

§. 289. Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Nicht: Verurtheilung des Klägers 328

§. 290. Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Nicht: Verurtheilung des Klägers. (Fortsetzung) 338

§. 291. Genauere Bestimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe 350

§. 292. Genauere Bestimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. (Fortsetzung.) 370

§. 293. Genauere Bestimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. Schriftsteller 385

§. 294. Genauere Bestimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. Preußisches Recht 394

§. 295. Rechtskraft. II. Wirkungen, Einleitung 409

§. 296. Einrede der Rechtskraft. Bedingungen. — Übersicht. I. Dieselbe Rechtsfrage 417

§. 297. Einrede der Rechtskraft. I. Dieselbe Rechtsfrage. 424

§. 298. Einrede der Rechtskraft. I. Dieselbe Rechtsfrage. Legitimationspunkt 429

Seite.

§. 299. Einrede der Rechtskraft. I. Dieselbe Rechtsfrage. Äußerer und juristischer Gegenstand der Klage. 443

§. 300. Einrede der Rechtskraft. I. Dieselbe Rechtsfrage. Verschiedenheit des Erwerbsgrundes..... 453

§. 301. Einrede der Rechtskraft. Bedingungen. II. Dieselben Personen..... 466

Beilage XV. Appellatio und Provocatio..... 485

Beilage XVI. L. 7 de exceptione rei judicatae..... 501

Beilage XVII. Causa adjecta s. expressa..... 514

§. 280.

Rechtskraft des Urtheils. Einleitung.

Hauptquelle: Tit. Dig. de exceptione rei judicatae (Lib. 44 Tit. 2) (a).

Schriftsteller:

Donellus Lib. 20 C. 5.

Keller über Litiscontestation und Urtheil. Zürich 1827. 8.

Buchka Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß. Th. 1. 2. Rostock und Schwerin 1846. 1847.

Wächter Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts B. 2 (1846) § 73 S. 557 fg., und: Erörterungen Heft 3 (1846) S. 43—61.

Das Wesen jedes Rechtsstreits besteht in einem Gegensatz von Behauptungen und Ansprüchen der Parteien (§ 256), und die Aufgabe geht dahin, diesen Gegensatz

(a) Nach der Überschrift könnte man als die wichtigste Quelle den Titel de re judicata (XLII. 1) betrachten; allein dieser handelt von der Execution des Urtheils, den Mitteln und Einschränkungen derselben, also von der formellen oder prozessualischen Seite des Gegenstandes, welche nicht zu unsrer Aufgabe gehört.

von einem höheren Standpunkt aus in Einheit aufzulöſen.

Dieſe Auflöſung hat, eben ſo wie die bisher abgehandelten Stücke des Rechtsſtreits, ihre formelle und ihre materielle Seite. Jene beſteht bei dem ganzen Rechtsſtreit in der Thätigkeit der Parteien und des Richters, alſo in der Form und Einrichtung der Prozeßhandlungen, ihrer Folge und ihrem Zuſammenhang; insbeſondere bei dem Theil des Rechtsſtreits, wovon gegenwärtig die Rede iſt, in der Art, wie der Richter zum Ausſpruch eines Urtheils gelangt, ſo wie in der Form und dem Inhalt des Urtheils. — Die materielle Seite des Urtheils beſteht in der Rückwirkung deſſelben auf den Inhalt und Umfang der Rechte ſelbſt; ſie allein gehört zur Aufgabe unſres Rechtsſyſtems, und bildet in demſelben einen Theil des Actionenrechts (§ 204).

Dieſe Lehre gehört unter die wichtigſten des ganzen Rechtsſyſtems. Sie iſt von ſehr häufiger Anwendung, und die Wirkungen derſelben ſind noch bedeutender, als die der Litisconteſtation. Daher muß es auffallen, daß gerade dieſe Lehre ſowohl in Vorleſungen als in Rechtsſyſtemen meiſt vernachläſſigt worden iſt, und auch durch beſondere Schriften keine hinreichende Bearbeitung erfahren hat (b). Selbſt in umfaſſenden neueren Geſetzgebungen iſt derſelben nur geringe Beachtung zu Theil geworden.

(b) Dieſe auffallende Vernachläſſigung wird gerügt von Puchta im rhein. Muſeum B. 2 S. 254.

Daß aber das richterliche Urtheil eine solche Rückwirkung auf den Inhalt der Rechte ausübt, wie es oben als die Aufgabe des gegenwärtigen Abschnitts bezeichnet worden ist, das versteht sich keineswegs von selbst, und ist nicht etwa eine aus dem Begriff des Richteramtes abzuleitende natürliche oder nothwendige Folge. Aus diesem Begriff folgt nur, daß jeder Rechtsstreit entschieden, und daß diese Entscheidung durch äußere Macht, selbst gegen den Willen der unterliegenden Partei, zur Ausführung gebracht werde. Wenn aber in irgend einem späteren Rechtsstreit die Richtigkeit des früheren Urtheils in Zweifel gezogen wird, so scheint es natürlich, eine neue Prüfung vorzunehmen. Wird dabei das Urtheil als ein irriges erkannt (sey es von demselben oder von einem anderen Richter), so scheint es eine einfache Forderung der Gerechtigkeit, den früheren Irrthum zu berichtigen, und das begangene Unrecht gut zu machen, indem das zuletzt erkannte wahre Recht geltend gemacht wird.

Betrachten wir jedoch näher die Folgen, die mit einem solchen, scheinbar natürlichen und gerechten Verfahren unvermeidlich verbunden seyn würden. Hier müssen wir vor Allem anerkennen, daß sehr häufig die Entscheidung eines Rechtsstreits ungemein zweifelhaft seyn kann, bald wegen einer streitigen Rechtsregel, bald wegen ungewisser Thatsachen, bald weil die Thatsachen in ganz verschiedener Weise unter die Rechtsregeln bezogen werden können. Daher würde es oft geschehen können, daß ein richterliches

Urtheil ſpäter durch ein entgegengeſetztes Urtheil entkräftet würde. Mit dieſer Abänderung aber wäre die Sache noch keineswegs zu Ende. Denn ein noch ſpäterer Richter könnte wieder das zweite Urtheil als irrig anſehen, und nun das erſte wieder herſtellen, oder auch eine von beiden verſchiedene Meinung durchführen. Die nothwendige Folge jenes Verfahrens alſo würde eine wahrhaft endloſe Unſicherheit des Rechtszuſtandes ſeyn, ſobald einmal irgend ein Rechtsverhältniß Gegenſtand eines Streites geworden wäre.

Aus dieſer Betrachtung geht hervor, daß wir zwei ſehr ernſte Gefahren von entgegengeſetzter Art vor uns haben. Auf der einen Seite ſteht die Gefahr, daß wir ein aus dem Irrthum oder böſen Willen eines Richters entſprungenes Urtheil aufrecht halten müſſen, auch wenn wir deſſen Ungerechtigkeit mit voller Ueberzeugung einſehen. Auf der anderen Seite die Gefahr einer völlig gränzenloſen Ungewißheit der Rechts- und Vermögensverhältniſſe, die ſich durch viele Geſchlechter hindurch ziehen kann. Zwiſchen dieſen beiden Gefahren haben wir zu wählen. Es iſt eine Frage der Rechtspolitik, welches unter den Uebeln, die aus dieſen entgegengeſetzten Gefahren hervorgehen können, das größere iſt, und auf dieſe Frage kann nur die erfahrungsmäßige Erwägung der wirklichen Zuſtände und Bedürfniſſe eine ſichere Anwort geben.

Dieſe Erwägung hat von ſehr alter Zeit her, und in der Geſetzgebung verſchiedener Völker, dahin geführt, die zuletzt erwähnte Gefahr der Rechtsunſicherheit als die weit

größere, ja völlig unerträgliche, anzuerkennen, und für ihre Abwendung durch ein positives Rechtsinstitut die nöthige Anstalt zu treffen. Damit wird zugleich mit deutlichem Bewußtseyn die entgegengesetzte Gefahr übernommen, daß zuweilen ungerechte Urtheile ohne Abhülfe aufrecht erhalten werden müssen; diese Gefahr aber ist nicht nur an sich selbst die geringere, sondern es ist auch noch das Mittel gefunden worden, sie durch eine besondere künstliche Anstalt (die Instanzen) zu vermindern, von welcher weiter unten die Rede seyn wird (§ 284).

Das höchst wichtige Rechtsinstitut, wodurch der angegebene Zweck erreicht werden soll, läßt sich im Allgemeinen als die Rechtskraft der richterlichen Urtheile bezeichnen, welche nichts Anderes ist, als die Fiction der Wahrheit, wodurch das rechtskräftige Urtheil gegen jeden künftigen Versuch der Anfechtung oder Entkräftung gesichert wird. Ein geistreicher Schriftsteller hat dafür den Ausdruck des förmlichen Rechts, im Gegensatz des wirklichen Rechts, gebraucht (c). Der allgemeinste Ausspruch über den Inhalt und die Gründe dieses Rechtsinstituts findet sich in folgender Stelle aus dem Commentar des Paulus zum Edict:

L. 6 *de exc. rei jud.* (44. 2.)

Singulis controversiis singulas actiones (d), unum-

(c) Möser patriotische Phantasieen B. 4 N. 30.

(d) Den Worten nach könnte das so verstanden werden, jedem Rechtsverhältniß dürfe stets nur Eine Klage entsprechen, welches

que judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur. Parere ergo exceptionem (e) rei judicatae frequens est.

falſch wäre, da man oft zwiſchen vielen Klagen die Wahl hat. Singulas actiones sufficere heißt vielmehr: man ſoll nicht mehrmals aus demſelben Rechtsgrund klagen. Es iſt der Ausdruck für die Klagenconſumtion, alſo derſelbe Gedanke, wie in dem alten Rechtsſpruch, welchen QUINCTILIAN. inst. or. VII. 6 anführt, indem er deſſen zweideutige Faſſung bemerklich macht: „quod scriptum est: *bis de eadem re ne sit actio.*“

(e) Dieſes iſt die Florentiniſche Leſeart; die Vulgata hat exceptionem. Man ſollte kaum glauben, wie mancherlei Erklärungen dieſe wenigen Schlußworte der Stelle zulaſſen. Nach der Vulgata können ſie nur ſo verſtanden werden: es geſchieht häufig, daß man der exc. rei judicatae gehorchen (Folge leiſten) muß. So verſteht die Stelle CUJACIUS recit. in Paulum ad ed. lib. 70; dabei fehlt es aber an der Andeutung eines gehorchenden Subjects. — Nach der Florentina kann man auf zweierlei Weiſe erklären. Zuerſt wenn man lieſt: parĕre, und nun ſo deutet: es geſchieht häufig, daß eine exc. r. j. erzeugt wird. So verſteht die Stelle BRISSONIUS v. parĕre N. 3; dabei aber fehlt wieder die Andeutung des erzeugenden Subjects, ſo daß dieſer Gedanke nur durch: nasci exceptionem, oder durch: sententiam parere exceptionem fehlerfrei und ohne Härte ausgedrückt werden könnte. — Zweitens indem man lieſt parĕre, in dem Sinn von apparere, alſo mit dieſem Gedanken: es geſchieht oft, daß die exc. r. j. erſcheint, gebraucht wird. Dieſe letzte Erklärung iſt wenigſtens frei von den Einwendungen, welchen die beiden erſten unterliegen. — Eine ſehr beſcheidene, alle Schwierigkeiten löſende, Emendation wäre dieſer: parĕre ergo exceptionem *rem judicatam* frequens est. (Vergl. als Parallelſtelle *L.* 7 § 4 *de pactis* „*Nuda pactio* obligationem non parit, sed *parit exceptionem*,“ und *L.* 7 *pr. eod.*). Die Entſtehung des gegenwärtigen Textes würde ſich dann theils aus der Überſchrift des Titels, theils aus der etwas verſteckten Conſtruction des Satzes, leicht und befriedigend erklären.

Es ist einleuchtend, daß mit dieser, dem rechtskräftigen Urtheil beigelegten Fiction der Wahrheit eine sehr starke Rückwirkung der bloßen Prozeßhandlung auf die Rechte selbst verbunden ist. Denn durch diese Fiction kann es geschehen, daß ein vorher nicht vorhandenes Recht neu erzeugt, oder daß ein vorhandenes Recht zerstört, vermindert, oder in seinem Inhalt verändert wird.

Der praktische Werth dieses Rechtsinstituts bedarf noch einer kleinen Erläuterung. Auf den ersten Blick könnte man glauben, die Rechtskraft sey wichtig bei ungerechten Urtheilen, durch welche das vorhandene Rechtsverhältniß in sein Gegentheil verkehrt wird, unwichtig bei gerechten, durch welche nur dasjenige bestätigt wird, welches ohnehin und ohne Rechtskraft wahr ist. Wäre dem also, so müßte man die Abschaffung des ganzen Instituts wünschen; es verhält sich aber in der That ganz anders. Zwar ist allerdings die Einwirkung der Rechtskraft besonders stark und auffallend in dem unglücklichen Fall eines ungerechten Urtheils, für welchen Fall es gewiß nicht eingeführt ist, und dessen Möglichkeit wir nur mit hinnehmen müssen als ein unvermeidliches Übel; aber wichtig und heilsam ist die Rechtskraft auch im Fall des gerechten Urtheils, dessen Befestigung eben ihren ganzen Zweck ausmacht. Wenn man erwägt, wie viele Rechtsverhältnisse an sich schwankend und zweifelhaft sind, wie oft es geschieht, daß ein jetzt vorhandenes Beweismittel späterhin fehlt, daß ein späterer Richter irren kann, wo der gegenwärtige richtig urtheilte

und daß die Entschiedenheit an sich (abgesehen von dem Inhalt des Urtheils), im Gegensatz der fortdauernden Ungewißheit, für alle Theile wünschenswerth ist — wenn man dieses Alles erwägt, so wird man geneigt seyn, die hohe Wichtigkeit des Einflusses der Rechtskraft auch für den Fall gerechter Urtheile anzuerkennen.

Die nun folgende Lehre von der Rechtskraft ruht, so wie das ganze vorliegende Werk, auf dem Boden des Römischen Rechts; aber die Fragen, die hier zur Erörterung kommen müssen, sind so allgemeiner Natur, daß sie überall ihre Beantwortung fordern, auch da, wo von dem Römischen Recht keine Anwendung gemacht wird. — Ferner würde es irrig seyn anzunehmen, daß der Werth und Erfolg dieser Untersuchung an irgend eine besondere Form des Prozeßverfahrens gebunden wäre. Sie wird schon hier angestellt für den altrömischen Formularprozeß, den Prozeß der Justinianischen Zeit, und den gemeinen deutschen Prozeß. Das Bedürfniß derselben tritt aber auch gleichmäßig hervor im Prozeß des Preußischen, so wie in dem des Französischen Rechts.

Das Rechtsinstitut, welches nunmehr abgehandelt werden soll, und zu dessen Einleitung die vorstehende Betrachtung bestimmt ist, setzt den regelmäßigen Gang eines Rechtsstreits voraus. Der vollständigen Übersicht wegen muß aber schon hier auf die anomalen Entwicklungen streitiger

Rechtsverhältnisse hingedeutet werden, die neben dem rechtskräftigen Urtheil vorkommen können.

Dahin gehören einige Rechtsinstitute, welche die Stelle eines Urtheils vertreten können, und eben deshalb das Urtheil unnöthig machen. Unter diese Surrogate des Urtheils gehört der Eid, die in jure confessio und responsio.

Es gehört dahin aber auch ein Rechtsinstitut, welches, so wie das Urtheil, auf der Thätigkeit einer richterlichen Obrigkeit beruht, aber eine andere und weiter gehende Bestimmung hat. Anstatt daß das Urtheil keine andere Aufgabe hat, als das vorhandene Recht zu erkennen und zur Geltung zur bringen, beruht die in integrum restitutio vielmehr auf der besondern Macht der Obrigkeit, unter gewissen Bedingungen in das vorhandene Recht mit Absicht und Bewußtseyn einzugreifen und dasselbe abzuändern.

Diese Institute werden nach Beendigung der Lehre vom Urtheil abgehandelt werden.

§. 281.

Rechtskraft des Urtheils. Geschichte.

Die mit der Rechtskraft verbundene Fiction der Wahrheit ist bisher nur erst als ein Zweck, der erreicht werden soll, aufgestellt worden. Es fragt sich nunmehr, durch welche Mittel dieser Zweck herbeizuführen ist, durch welche Rechtsform jenes Institut in das Leben eingeführt werden soll. Diese Frage läßt sich nur durch die geschichtliche

Entwicklung der Rechtskraft beantworten. Dabei ist es vor Allem nöthig, die verschiedenen Fälle zu betrachten, in welchen jene Aufgabe hervortreten kann. Es ist nämlich möglich, daß der Richter zum Vortheil des Klägers entscheidet durch Verurtheilung des Beklagten: oder zum Vortheil des Beklagten durch Abweisung des Klägers. In beiden Fällen sollen dem Sieger für alle Zukunft die Vortheile gesichert werden, die ihm das Urtheil zuspricht. Wie kann Dieses geschehen?

Für den ersten Fall scheint eine künstliche Anstalt kaum nöthig. Durch Execution wird der Beklagte zur Erfüllung des Urtheils gezwungen, und dadurch scheint der Kläger für immer befriedigt und gesichert. Daher hatte das ältere Römische Recht für diesen Fall keine besondere Vorsorge getroffen, und in den meisten Fällen ist auch keine nöthig. Es wird aber weiterhin gezeigt werden, daß es Verwicklungen der Rechtsverhältnisse giebt, für welche diese einfache Behandlung nicht ausreicht.

Anders verhält es sich in dem zweiten Fall. Der Beklagte, der völlig freigesprochen, oder nicht in dem Umfang, wie es der Kläger verlangte, verurtheilt ist, kann immer wieder durch neue Klagen beunruhigt werden, und gegen diese Gefahr ist er durch eine künstliche Anstalt zu schützen.

Das ältere Römische Recht gieng dabei so zu Werk, daß es den Schutz des Beklagten schon in einen früheren Zeitpunkt des Rechtsstreits legte. Jede Klage, welche bis zur Litis-Contestation gebracht war, galt als erschöpft oder

consumirt, und konnte nie wieder von Neuem vorgebracht werden, ohne Unterschied, ob es zu einem Urtheil gekommen war oder nicht, und welchen Inhalt das etwa gesprochene Urtheil haben mochte. Bei manchen persönlichen Klagen trat diese Vernichtung des früher vorhandenen Klagerechts ipso jure ein, bei allen anderen Klagen vermittelst einer exceptio rei in judicium deductae, welche jede neue Klage ausschloß (§ 258).

Kam es nun, wie in den meisten Fällen, in der That zu einem Urtheil, und zwar zu einem freisprechenden, so war dessen Wirksamkeit für immer gesichert durch die eingetretene Consumtion, die jede Wiederholung der vorigen Klage unmöglich machte. Nunmehr aber hieß die Exception gegen die versuchte neue Klage nicht rei in judicium deductae, sondern rei judicatae, und diese mußte ungleich häufiger seyn, als jene, weil zu allen Zeiten der Ausgang eines Rechtsstreits ohne Urtheil zu den Seltenheiten gehört (a).

Demnach war in dieser älteren Zeit für die Sicherheit eines freigesprochenen Beklagten gesorgt durch die Consumtion jeder einmal angestellten Klage, welche Consumtion zuweilen ipso jure eintrat, häufiger aber durch eine exceptio rei judicatae geltend gemacht wurde. Diese Einrede war

(a) Die exc. rei in judicium deductae konnte also überhaupt nur vorkommen, wenn der frühere Prozeß entweder noch im Gang war, und daneben ein neuer versucht wurde, oder wenn derselbe liegen geblieben, und vielleicht schon durch die Prozeßverjährung für immer verloren gegangen war.

also schon in der älteren Zeit die häufigste und praktisch wichtigste Rechtsform zum Schutz gesprochener Urtheile gegen willkührliche neue Anfechtung.

Der Rechtssatz, welcher dieser Einrede in der älteren Zeit zum Grunde lag, läßt sich in folgender Formel ausdrücken:

> Eine einmal abgeurtheilte Klage kann nie von Neuem vorgebracht werden.

Um den eigenthümlichen Charakter dieser Einrede des älteren Rechts scharf aufzufassen, ist es nöthig, zwei Stücke festzuhalten; erstlich, daß sie sich nur auf das Daseyn eines Urtheils gründet, nicht auf dessen Inhalt; zweitens, daß sie nur einen verneinenden Zweck und Erfolg hat, nämlich, eine Klage zu verhindern, nicht, irgend ein Recht durchzusetzen. Die Bedingung der Anwendung dieses Rechtssatzes ist die Identität einer versuchten neuen Klage mit der schon früher angestellten und abgeurtheilten.

Das hier beschriebene Rechtsinstitut, gedacht als ein Mittel, die Rechtskraft der Urtheile zu begründen, erfüllte seinen Zweck nur nothdürftig, indem es blos den Beklagten gegen eine Wiederholung der abgeurtheilten Klage schützte. Hatte aber etwa der Kläger durch eine Eigenthumsklage die Verurtheilung des Beklagten bewirkt, und so den Besitz seiner Sache wieder erlangt, so konnte gegen ihn der frühere Beklagte als Kläger dasselbe Eigenthum wieder in Frage stellen; denn da Dieser früher noch gar nicht geklagt, also

keine Klage consumirt hatte, so konnte ihm die oben beschriebene Einrede nicht entgegen gesetzt werden, und es war nun ein neues Urtheil möglich, wodurch das frühere in seiner Wirkung zerstört wurde. — Aber auch dem Beklagten gab jenes Rechtsmittel für solche Fälle keinen Schutz, in welchen der Kläger den Erfolg des früheren Urtheils nicht gerade durch Wiederholung der früheren Klage, sondern bei Gelegenheit eines anderen Rechtsstreits, also auf mehr indirecte Weise zu vereiteln suchte. — Ja es konnte sogar geschehen, daß jene Einrede bei etwas verwickelten Rechtsverhältnissen dazu misbraucht wurde, den durch das frühere Urtheil beabsichtigten Vortheil einer Partei zu zerstören, also seiner eigentlichen Bestimmung gerade entgegen zu wirken.

Auf der anderen Seite aber war dieses Rechtsinstitut in seinen Folgen mit manchen Härten verknüpft, die ganz außer dem Zweck desselben lagen, und durch die bloße Consequenz herbeigeführt, also praktisch in keiner Weise gerechtfertigt waren. Die Einrede war nämlich auch dann begründet, wenn der Beklagte freigesprochen war, nicht weil das Recht des Klägers verneint werden mußte, sondern wegen einer blos dilatorischen Einrede, die vielleicht auf einem ganz untergeordneten und vorübergehenden Grunde beruhte (b); dann ging also das wirklich vorhandene Recht des Klägers aus einem ganz zufälligen Grunde unter. —

(b) Gajus. IV. § 123. — S. o. § 227.

Nicht beſſer war es, wenn der Rechtsſtreit durch die Prozeßverjährung des alten Rechts ohne Ausgang, alſo auch ohne Urtheil blieb (§ 256. b), welches ohne alle Nachläſſigkeit des Klägers geſchehen konnte; denn nun war durch die exceptio rei in judicium deductae jede fernere Verfolgung des wirklich vorhandenen Rechts für immer unmöglich gemacht.

Die Wahrnehmung dieſer Mängel führte zum Nachdenken über das wahre Bedürfniß, und zu dem klaren Bewußtſeyn, daß es eigentlich darauf, und nur darauf ankomme, jeder richterlichen Entſcheidung ihre unzweifelhafte Wirkſamkeit für alle Zukunft zu ſichern. Man ſuchte nun das alte bekannte Rechtsinſtitut der exceptio rei judicatae dahin auszubilden, daß dieſer Zweck erreicht würde, und zwar vollſtändig erreicht. Dieſes geſchah, indem man ſie nicht mehr wie bisher auf das bloße Daſeyn des Urtheils gründete, ſondern auf den Inhalt deſſelben. Deſſen Geltung ſollte für jeden künftigen Rechtsſtreit geſichert werden, und indem man neben der Exception nach Bedürfniß auch eine *replicatio* rei judicatae gab, wurde das Rechtsinſtitut in dieſer neuen Ausbildung geeignet, dem früheren Kläger eben ſowohl, als dem Beklagten, alle Vortheile zu ſichern, die aus dem Inhalt des Urtheils in einem künftigen Streit hergeleitet werden konnten.

Der Rechtsſatz, welcher nach dieſer Ausbildung dem Inſtitut zum Grunde gelegt wurde, läßt ſich in folgender Formel ausdrücken:

Dem Inhalt eines gesprochenen Urtheils soll kein späteres Urtheil widersprechen.

Auf den ersten Blick scheint diese Formel eben so, wie die oben aufgestellte ältere Formel, blos verneinend, verhindernd. Da indessen kein Richter die Entscheidung eines ihm vorgelegten Rechtsstreits verweigern darf, so löst sich jene Formel sogleich in diese andere auf:

Wenn in einem gegenwärtigen Rechtsstreit eine Frage vorkommt, worüber schon in einem früheren Rechtsstreit ein Urtheil gesprochen worden ist, so muß der neue Richter den Inhalt jenes Urtheils als wahr annehmen und seinem eigenen Urtheil zum Grunde legen.

In dieser Formel aber nimmt der Rechtssatz eine völlig positive Gestalt an, und ist der unmittelbare Ausdruck der Fiction der Wahrheit, die schon oben (§ 280) als der eigentliche Sinn der Rechtskraft, und als das wahre praktische Bedürfniß angegeben worden ist.

Zur Bezeichnung dieses logischen Verhältnisses beider Gestalten der Einrede, der älteren und der neueren, hat man den passenden Ausdruck angewendet: exceptio rei judicatae in ihrer negativen und ihrer positiven Function (c).

Diese wichtige Ausbildung des Rechtsinstituts ist nicht durch eine allgemeine Vorschrift (Gesetz oder Edict) bewirkt worden, wodurch etwa das ältere Institut aufgehoben oder umgebildet, das neuere eingeführt worden wäre; dazu war

(c) Keller S. 223 Note 4.

in der That kein Bedürfniß vorhanden. Es war und blieb eine und dieselbe Einrede der Rechtskraft, welche für das Urtheil in dem neuen Rechtsstreit maaßgebend wurde, und der Unterschied beider Functionen wird nur sichtbar bei der Frage, in welchen Fällen, unter welchen Voraussetzungen die Einrede gegeben werden sollte. Dieses aber lag bei jedem einzelnen Rechtsstreit ganz in der Macht des Prätors, der dabei jederzeit nach der fortschreitenden Einsicht in das wahre praktische Bedürfniß verfuhr, und einer leitenden allgemeinen Vorschrift nicht bedurfte.

§. 282.

Rechtskraft des Urtheils. — Geschichte. (Fortsetzung.)

Das geschichtliche Verhältniß beider Functionen der Einrede der Rechtskraft soll nunmehr näher festgestellt werden.

Daß die negative Function die ältere und ursprünglich einzige Gestalt der Einrede war, läßt sich schon aus ihrer unvollkommneren Natur und aus ihrer Verwandtschaft mit dem augenscheinlich alterthümlichen Institut der ipso jure eintretenden Consumtion (§ 281) vermuthen. Es folgt aber auch unmittelbar daraus, daß Gajus in seinen Institutionen die Lehre von der Consumtion der Klage, d. h. die negative Function der Einrede, ausführlich und mit Sorgfalt darstellt (a), während er den Grundsatz, worauf die positive Function beruht, in jenem Werke gar nicht

(a) Gajus. III. § 180. 181, IV. § 106 — 108, vergl. mit § 104. 105.

erwähnt. Man könnte Dieses so deuten, als ob dieser letzte Grundsatz überhaupt erst nach der Zeit des Gajus entstanden, ihm selbst also unbekannt gewesen wäre. Diese Annahme jedoch wird durch die Wahrnehmung völlig widerlegt, daß die Einrede in ihrer positiven Function (als Aufrechthaltung des Inhalts eines jeden Urtheils) ganz bestimmt in einer Digestenstelle aus Gajus vorkommt (b), ja sogar schon von Julian anerkannt wird, in einem Zeugniß, das aus seinen Schriften Ulpian anführt (c). Dieser scheinbare Widerspruch löst sich auf befriedigende Weise, wenn man annimmt, daß neben der alten, längst ausgebildeten Consumtion auch schon die Fiction der Wahrheit des Urtheils (d. h. die Einrede in ihrer positiven Function) lange vor Gajus in einzelnen Entscheidungen angewendet wurde, daß sie aber zu seiner Zeit noch nicht in der Rechtstheorie so ausgebildet und grundsätzlich anerkannt war, daß er nöthig gefunden hätte, dieselbe in seinen Institutionen als ein besonderes Rechtsinstitut neben der Consumtion zu erwähnen.

Für die Einrede in ihrer positiven Funktion bedarf es besonderer Beweise insofern nicht, als die ganze folgende Darstellung nichts Anderes ist, als die vollständige Entwickelung gerade des Grundsatzes, der in ihr zur Geltung gebracht wird. Ich will aber hier diejenigen Zeugnisse der alten Juristen zusammen stellen, worin jener Grundsatz,

(b) *L.* 15 *de exc. r. j.* (44. 2.)
(c) *L.* 40 § *de proc.* (3. 3). — Vgl. Keller S. 230. 231.

d. h. die Fiction der Wahrheit, auch selbst des ungerechten Urtheils, in seiner allgemeinen durchgreifenden Natur besonders deutlich ausgesprochen wird.

L. 25 *de statu hom.* (1. 5) (Ulpian.)

Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est quamvis fuerit libertinus: quia *res judicata pro veritate accipitur* (d).

L. 3 *pr. de agnosc.* (25. 3) (Ulpian.) verbunden mit *L.* 1 § 16 *eod.*

Plane si denuntiante muliere negaverit ex se esse praegnantem .. non evitabit quo minus quaeratur, an ex eo mulier praegnans sit. Quae causa si fuerit acta apud judicem, et pronuntiaverit . . : in ea causa est, ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum ... Sive contra pronuntiaverit, non fore

(d) Der letzte Satz dieser Stelle, welcher die Fiction der Wahrheit unmittelbar ausdrückt (res judicata pro veritate accipitur), ist als Doppelstelle noch an einem anderen Ort in die Digesten aufgenommen. *L.* 207 *de R. J.* (50. 17). — Es muß jedoch bemerkt werden, daß Ulpian in dieser ganzen Stelle ursprünglich gar nicht von der Rechtskraft in unserem Sinne (von der exceptio rei judicatae), d. h. von einem wiederholten Rechtsstreit über die jetzt abgeurtheilte Frage, sprechen wollte. Die Lex Julia hatte die Ehe der freigebornen Männer mit ehrlosen Frauen verboten. Hierauf bezieht sich der Ausspruch des Ulpian, daß eine solche Ehe auch dem freigelassenen Manne unmöglich sey, wenn derselbe durch ein irriges, aber rechtskräftiges Urtheil für einen Freigebornen erklärt worden war. Im Zusammenhang des Justinianischen Rechts indessen muß die Stelle von der eigentlichen Rechtskraft verstanden werden, worauf auch ihr energischer Ausdruck sehr gut paßt. Besonders die in einen anderen Theil der Digesten eingerückte Doppelstelle macht diese Deutung unzweifelhaft. — Vgl. über diese Stelle § 301 n.

suum, quamvis suus fuerit. *Placet enim ejus rei judicem jus facere* (e).

L. 65 § 2 *ad Sc. Trebell.* (36. 1) (Marcianus.)

Cum praetor cognita causa per errorem vel etiam ambitiose juberet hereditatem ut ex fideicommisso restitui, etiam *publice interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem* (f).

L. 12 § 3 *de bonis libert.* (38. 2) (Ulpian.)

Si quis, cum esset exheredatus, pronuntiatus vel perperam sit exheredatus non esse, non repellitur: *rebus enim judicatis standum est.*

In einer schon oben mitgetheilten Stelle des Paulus (g) wird auf beide Gestalten der Functionen der Einrede neben einander hingedeutet; aber freilich in so allgemeinen Ausdrücken, daß wir diese Hindeutung nicht verstehen würden, wenn uns nicht in den Institutionen des Gajus die Lehre von der Consumtion der Klage in ihrer

(e) In diesen Worten ist die Fiction der Wahrheit, als Erzeugung eines neuen, selbstständigen Rechts, besonders bezeichnend ausgedrückt. — Diese Stelle übrigens geht auf ein solches anomales Verhältniß, worin das Urtheil eine besonders ausgedehnte Wirkung, auch für und wider fremde Personen, hat. Eben so verhält es sich mit der in der vorhergehenden Note erwähnten Stelle. Vgl. § 301 m.

(f) Es muß besonders bemerkt werden, daß in dieser Stelle von einem Urtheil die Rede ist, welches nicht ein Juder, sondern der Prätor selbst sprach, weil die Fideicommisse Gegenstand einer extraordinaria cognitio waren. Die Fiction der Wahrheit, und selbst die Bezeichnung als res judicata, wird aber hier eben so, wie bei den ordinariis judiciis, angewendet.

(g) *L.* 6 *de exc. r. j.* (44. 2), s. o. S. 261.

ganzen Eigenthümlichkeit klar geworden wäre. Nachdem nämlich in jener Stelle geſagt worden war, daß aus jedem ſtreitigen Rechtsverhältniß nur einmal geklagt werden dürfe, weil die zugelaſſene Wiederholung derſelben Klage mit großen Nachtheilen für den Rechtszuſtand verknüpft ſey, wird dann noch hinzugefügt, daß dieſe Nachtheile beſonders ſtark in den Fällen hervortreten würden, wenn durch wiederholte Klagen ſogar Urtheile von widerſprechendem Inhalt herbeigeführt werden ſollten: maxime si diversa pronuntiarentur. In dieſen beiden Sätzen ſind die zwei verſchiedenen, aber verwandten Geſtalten der Einrede unverkennbar angedeutet.

So hat die Einrede der Rechtskraft in ihren zwei Geſtalten während des ganzen Zeitalters der Juriſten fortgedauert, aus deren Schriften die Digeſten hervorgegangen ſind (h), und es zeigt ſich hierin daſſelbe Verfahren, welches wir auch in anderen Theilen des Römiſchen Rechts bei der Entwicklung von Rechtsinſtituten angewendet finden. Man entſchloß ſich nicht leicht, ein Rechtsinſtitut, deſſen Grundlage ſich bewährt hatte, völlig aufzuheben und durch ein anderes zu erſetzen, wenn es ſich auch in der Anwendung von manchen Seiten mangelhaft zeigen mochte, wie Dieſes von der Klagenconſumtion ſchon oben (§ 281) anerkannt worden iſt. Man ſuchte vielmehr ſolchen Mängeln durch mildere Mittel, alſo in feinerer Weiſe, abzuhelfen. Inſofern die Klagenconſumtion für das praktiſche

(h) Keller S. 231.

Bedürfniß unzureichend gefunden wurde, lag die Abhülfe in der ſtets fortſchreitenden Entwicklung der Einrede in ihrer neueren Geſtalt (der poſitiven Function), die für jedes Bedürfniß vollkommen ausreichte. Inſofern die Conſumtion harte und unbillige Folgen nach ſich zog, ſuchte man durch ſehr verſchiedenartige Mittel zu helfen (i). Insbeſondere in den ſchon oben (S. 270) angedeuteten, allerdings ſeltneren Fällen, worin beide Geſtalten der Einrede in Widerſtreit kamen, indem die Klagenconſumtion in ihren Folgen dahin führte, den Inhalt eines früher geſprochenen Urtheils zu vereiteln, half man in der Form, daß die exceptio rei judicatae durch eine replicatio deſſelben Namens völlig entkräftet wurde (k). Dieſer letzte Fall iſt beſonders merkwürdig als ein unmittelbarer Beweis, daß die alten Juriſten ein deutliches Bewußtſeyn von der Verſchiedenheit beider Geſtalten der Einrede hatten, und daß ſie keinen Anſtand nahmen, in jedem Fall eines Widerſtreits dem neueren Grundſatz (der Fiction der Wahrheit) den Vorzug vor dem älteren (der Klagenconſumtion) einzuräumen, wodurch alſo das neuere als das beſſere und befriedigendere von ihnen anerkannt wurde.

Späterhin iſt die Klagenconſumtion, alſo das ältere Rechtsinſtitut, gänzlich verſchwunden. Wir haben keine Nachricht, daß es jemals von einem Geſetzgeber ausdrücklich aufgehoben worden wäre; es ſcheint vielmehr allmälig

(i) Keller im ganzen ſechsten Abſchnitt ſeines Werks.
(k) Keller §. 70. 71. 72.

abgeſtorben zu ſein, ſo wie dürres Laub abfällt, wenn das neue hervorwächſt und zu vollſtändiger Entwicklung kommt. Der Uebergang des alten ordo judiciorum in die extraordinaria judicia hat die Beſeitigung der Klagenconſumtion zwar nicht unmittelbar und mit Nothwendigkeit herbeigeführt, aber ohne Zweifel befördert und beſchleunigt. Denn die Ausſchließung einer Klage aus dem Grund ihrer früheren Conſumtion ſetzt voraus, daß beide Klagen identiſch ſeyen; die Identität zweier Klagen aber wurde in den meiſten Fällen, und zugleich am leichteſten und ſicherſten, erkannt mit Hülfe der Klagformeln, die zugleich mit dem ordo judiciorum völlig verſchwanden. Ganz anders verhält es ſich mit der Fiction der Wahrheit des Urtheils, worauf die Einrede in ihrer neueren Geſtalt beruht; denn deren Anwendung ſetzt nur die Bekanntſchaft mit dem Inhalt des Urtheils voraus, iſt alſo mit jeder Form des Prozeßverfahrens gleich vereinbar.

Insbeſondere aber läßt ſich beſtimmt behaupten, daß diejenige Conſumtion, die im alten Recht bei manchen Klagen nicht durch eine Einrede, ſondern ipso jure eintrat (§ 281), nach dem Untergang des ordo judiciorum gar nicht mehr möglich war, alſo ſogleich völlig verſchwinden mußte. Denn dieſe Art der Conſumtion ſollte nur eintreten bei Prozeſſen, die vor einem einzelnen, von der Obrigkeit ernannten Juder geführt wurden, und in welchen eine Formel mit juris civilis intentio vorkam (l); dieſe

(l) Gajus IV. § 107 vgl. mit § 104.

beiden Umstände aber konnten in einem extraordinarium judicium nie eintreten.

Im Justinianischen Recht wird weder die Klagenconsumtion, noch die mit ihr unzertrennlich verbundene exceptio rei in judicium deductae erwähnt, woraus unzweifelhaft erhellt, daß diese Institute damals keine Geltung mehr hatten. Von einzelnen wichtigen Folgen der Consumtion ist auch die Aufhebung noch ausdrücklich ausgesprochen (m).

Dagegen ist hier die Einrede der Rechtskraft in ihrer positiven Function, als Schutz des Inhalts eines Urtheils, aus den Schriften der alten Juristen so vollständig aufgenommen, daß diese Darstellung für die Anwendung völlig genügt, wie sich aus der folgenden Abhandlung ergeben wird. Auch ist diese Gestalt des Rechtsinstituts ganz in unsere neuere Praxis übergegangen, und wenn sich in dieser nicht selten Abweichungen von dem R. R. eingefunden haben, so sind dieselben nicht aus Absicht und Bewußtseyn entstanden, indem man das R. R. für unzureichend oder unzweckmäßig gehalten hätte; sie sind vielmehr lediglich aus mangelhafter Einsicht in die Rechtsquellen zu erklären.

(m) Dahin gehört *L.* 28 *C. de fidejuss.* (8. 42). — Zum Theil ist dahin auch zu rechnen die Aufhebung der alten Regel, daß der Kläger *plus petendo* sein Klagerecht verlieren solle, denn diese Regel beruhte allerdings auf der Consumtion der Klage, aber freilich nicht auf ihr allein, sondern nur in Verbindung mit der certa intentio, wovon nach dem Untergang des ordo judiciorum ohnehin nicht mehr die Rede seyn konnte. Keller § 56.

Allerdings finden ſich in den Ausſprüchen der alten Juriſten über dieſe neuere Einrede der Rechtskraft einzelne Äußerungen eingemiſcht, die nur aus dem alten Inſtitut der Klagenconſumtion zu erklären ſind; dieſe zufällig erhaltenen Spuren aber ſind ſo einzeln und unzuſammenhängend, daß wir ſie erſt verſtehen gelernt haben, ſeitdem uns jenes Inſtitut durch die Inſtitutionen des Gajus bekannt geworden iſt. Es gehört dahin hauptſächlich die Erwähnung einer replicatio rei judicatae, wodurch in manchen Fällen die exceptio gleiches Namens entkräftet werden ſoll (Note k). Hier iſt allerdings die exceptio nur von dem alten Inſtitut der negativen Function zu verſtehen, und die Aufnahme ſolcher Stellen in die Digeſten wäre beſſer unterblieben, da die Schwierigkeit, zu deren Löſung ſie beſtimmt ſind, ohnehin verſchwunden war. Indeſſen war dieſe Aufnahme praktiſch ungefährlich, indem daraus kein Zweifel über die letzte Entſcheidung irgend eines ſtreitigen Rechtsverhältniſſes abgeleitet werden kann.

§. 283.

Rechtskraft des Urtheils. Geſchichte. (Fortſetzung.)

Die Entdeckung der Einrede der Rechtskraft in ihren zwei verwandten, aber verſchiedenen, Geſtalten oder Functionen iſt das glänzende Verdienſt des Werks von Keller (a). Auch ſoll man nicht verſuchen, dieſes Verdienſt durch die Bemerkung zu verkleinern, ſeit der Bekanntmachung der

(a) Keller § 28. 29. 30.

Inſtitutionen des Gajus habe es blos vom Zufall abgehangen, wer zuerſt den in ihnen enthaltenen Aufſchluß benutzen wolle. Es iſt vielmehr ſchon oben nachgewieſen worden, daß weder bei Gajus, noch in einem anderen Stück unſrer Rechtsquellen, beide Inſtitute neben einander in ihrem eigenthümlichen Gegenſatz erwähnt werden, ſo daß die Entdeckung dieſes Gegenſatzes nur durch die ſcharfſinnige Zuſammenſtellung und Vergleichung aller Theile der Rechtsquellen gefunden werden konnte.

Daß nun ſämmtliche Schriftſteller vor der Bekanntmachung der Inſtitutionen des Gajus von dieſer beſonderen Rechtsentwicklung keine Ahnung hatten, und dadurch in manche hiſtoriſche Irrthümer verfielen, kann ihnen gewiß nicht zum Vorwurf gereichen. Dagegen iſt es nicht unnütz, die Art, wie ſpätere Schriftſteller die neue Entdeckung benutzt und verarbeitet haben, einer genauen Prüfung zu unterwerfen. Hierin nämlich ſind Misverſtändniſſe ganz verſchiedener Art wahrzunehmen.

Von einer Seite wird die Sache ſo aufgefaßt, als ob die Einrede in ihren beiden Functionen auch noch im heutigen Rechte fortdauere (b). Daß aber ſchon im Juſtinianiſchen Recht der Grundſatz der Klagenconſumtion, der mit der negativen Function untrennbar zuſammenhängt, völlig verſchwindet, iſt ſchon oben bemerkt worden (§ 282). Die eben erwähnte abweichende Meinung iſt jedoch in der That nicht ſo bedenklich, als ſie auf den erſten Blick ſcheint.

(b) Wangerow Pandekten § 173.

Sie gründet ſich theils auf die ſchon erwähnten einzelnen Spuren des alten Rechtsinſtituts, welche ſich zufällig im Juſtinianiſchen Recht erhalten haben, theils darauf, daß manche wirkliche Beſtandtheile des allein noch übrigen Rechtsinſtituts mit dem alten Inſtitut der Klagenconſumtion irrigerweiſe in Verbindung geſetzt werden; dieſes Letzte deutlich zu machen, wird erſt weiter unten möglich ſeyn (§ 286). — Die hier bemerklich gemachte irrige Auffaſſung hat übrigens eine blos theoretiſche Natur; es wird aus der angeblichen Fortdauer der negativen Function im heutigen Recht durchaus keine praktiſche Behauptung abgeleitet, die nicht auch aus der richtigen Auffaſſung vertheidigt werden könnte: insbeſondere wird nicht, wie man etwa befürchten könnte, der Einrede eine ungebührliche Ausdehnung zu geben verſucht (c).

Eine ganz verſchiedene Geſtalt hat das Misverſtändniß der neuen Entdeckung bei einigen andern Schriftſtellern angenommen (d). Es iſt nämlich oben erwähnt worden, daß zur Zeit der alten Juriſten beide Rechtsinſtitute neben einander beſtanden, und daß die aus dieſer Verbindung entſprungenen Schwierigkeiten von den alten Juriſten wohl erkannt und mit gutem Erfolg beſeitigt wurden (§ 282). Jene neueren Schriftſteller aber faſſen die Sache ſo auf. Nach ihrer Meinung haben ſich die Römer niemals von

(c) Vgl. den Schluß des § 282. bis 256. — Buchka B. 2 S. 76.
(d) Kierulff Theorie des gemeinen Civilrechts Th. 1. S. 250 184. 192. 200.

den engen Fesseln des Formularprozesses und der darauf beruhenden Consumtion der Klagen befreien können, und auch noch im Justinianischen Recht soll dieser unfreie Geist herrschen. Erst die Erleuchtung der neueren Praxis, behaupten sie, habe jene Fesseln abgeworfen, jetzt herrsche die reine aequitas, und Alles sey nun in solcher Ordnung, wie man es nur wünschen könne.

Bei dieser Auffassung sind zwei Dinge schwer zu begreifen. Erstens, daß die späteren Kaiser, unter deren Rathgebern mitunter sehr verständige Leute waren, gar nicht gemerkt haben sollten, daß mit der Aufhebung des ordo judiciorum, d. h. des Formularprozesses, jeder Grund zu jener beklagenswerthen Knechtschaft völlig aufgehört hatte. Zweitens, daß die Juristen neuerer Zeit, deren Lehre und Praxis zuerst die Fesseln des R. R. nach jener Ansicht bewältigt hat, dieses gleichfalls nicht gemerkt haben sollten; denn es ist augenscheinlich, daß diese neueren Juristen ihre Lehre nicht etwa im Widerstreit mit dem R. R. durchzuführen suchten, sondern ohne alle Ausnahme gerade aus den Quellen des R. R. ableiteten. Man müßte also annehmen, daß sie einsichtiger waren, als sie selbst ahneten, und daß es erst der neuesten Zeit vorbehalten war, sie hierüber zu belehren. — Übrigens ist auch diese irrige Auffassung mehr geschichtlicher, als praktischer Natur, indem für das heutige Recht die Lehre, die in der That schon im R. R. enthalten ist, anerkannt wird. Sie ist aber gefährlicher, als die vorher erwähnte, indem sie die richtige Be-

nutzung der Römiſchen Rechtsquellen durch irrige Vorausſetzungen verhindert, und zugleich in der angeblichen aequitas des heutigen Rechts einer gränzenloſen Willkühr Raum giebt, wovon vielleicht ſpätere Schriftſteller größeren Misbrauch machen dürften, als bisher in der That geſchehen iſt.

Über die Richtigkeit dieſer Auffaſſung muß der Erfolg die letzte Entſcheidung geben. Die ganze folgende Abhandlung der Rechtskraft geht darauf aus, ein in ſich geſchloſſenes Syſtem dieſer Lehre aus den Quellen des R. R. abzuleiten, und ich glaube, daß dazu die Digeſten ein völlig befriedigendes Material darbieten. Gelingt dieſer Verſuch, ſo iſt damit die eben erwähnte Auffaſſung des Verhältniſſes zwiſchen dem Römiſchen Recht und dem heutigen Recht als grundlos erwieſen.

Aus der nunmehr beendigten geſchichtlichen Grundlegung zur Lehre von der Rechtskraft ergiebt ſich folgender Gang, welchen die jetzt folgende Darſtellung dieſer Lehre zu nehmen haben wird.

Die Formel des neueſten Rechts für die Rechtskraft (§ 281) geht dahin, daß jedem rechtskräftigen Urtheil ſeine Wirkſamkeit für alle Zukunft geſichert bleiben ſoll. Zur vollſtändigen Entwicklung dieſes Grundſatzes iſt eine zweifache Unterſuchung und Feſtſtellung nöthig:

I. Bedingungen der Rechtskraft:

A. Formelle Bedingungen.

B. Inhalt des Urtheils, welcher als wahre Grundlage der Rechtskraft anzusehen ist.

II. Wirkung der Rechtskraft in die Zukunft, d. h. nothwendiges Verhältniß zwischen dem rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreit und dem künftigen Rechtsstreit, auf welchen jene Entscheidung Einfluß haben soll. Dieses nothwendige Verhältniß läßt sich im Allgemeinen als Identität ausdrücken, welche in zwei verschiedenen Beziehungen vorhanden seyn muß, wenn die Rechtskraft Einfluß haben soll:

A. Identität der Rechtsverhältnisse (objective).

B. Identität der Personen (subjective).

In einfacheren Worten läßt sich dieses nothwendige Verhältniß so ausdrücken. Damit die rechtskräftige Entscheidung einer früheren Klage auf die Entscheidung einer späteren Klage Einfluß haben könne, müssen beide Klagen zwei Stücke mit einander gemein haben:

dieselbe Rechtsfrage,
dieselben Personen.

§. 284.

Rechtskraft. I. Bedingungen. A. Formelle.

Es ist zunächst zu bestimmen, von welcher formellen Beschaffenheit ein richterlicher Ausspruch seyn müsse, um den wichtigen Einfluß auf jeden späteren Rechtsstreit ausüben zu können, welcher mit dem Ausdruck der Rechtskraft bezeichnet worden ist (§ 280).

Wenn wir, um diese Frage nach dem R. R. zu beantworten, den Standpunkt des Zeitalters wählen, in welchem der Formularprozeß bestand, so hat es keinen Zweifel, daß die Rechtskraft jedem Urtheil zugeschrieben werden mußte, das unter der Autorität einer richterlichen Obrigkeit von einem Juder ausgesprochen war. Unter Juder aber ist hier zu verstehen die zur Entscheidung eines Rechtsstreits von der Obrigkeit ernannte Privatperson, mochte diese Ernennung an eine einzelne Person gerichtet seyn, oder an ein Richtercollegium. Ferner ist unter dem Urtheil dieses Juder, als Grundlage der Rechtskraft, nicht blos die eigentliche Sententia zu verstehen (Condemnatio oder Absolutio), sondern auch die derselben bei manchen Klagen oft vorhergehende Prosentiatio (§ 287).

Allein dieser Fall war, wenn auch der regelmäßige und häufigste, dennoch keineswegs der einzige, worin die Rechtskraft entstehen konnte. Auch der Prätor konnte, ohne einen Juder zu ernennen, selbst das Urtheil aussprechen, und dieses ging dann nicht minder in Rechtskraft über. Wenn diese Befugniß neuerlich in Zweifel gezogen worden ist (a), so scheint dabei der allzu moderne Gedanke zum Grunde zu liegen, das Urtheilsprechen durch Privatpersonen sey eingeführt worden als eine Theilung der richterlichen Gewalt, zum Schutz gegen ungerechte Willkühr von Seiten des Prätors. Allein gegen diese Gefahr schützten manche andere Schranken der obrigkeitlichen Gewalt, und die Prozeßführung vor dem

(a) Puchta Cursus der Institutionen B. 2 § 175 Note a.

Judex war vielmehr eingeführt, und in der Regel unentbehrlich, weil ohne dieselbe die Rechtspflege durch zwei Civilprätoren in Rom gar nicht hätte besorgt werden können. Sie war aber fast nur nöthig, wenn zweifelhafte Thatsachen festgestellt werden mußten, da bei unbestrittenen Thatsachen der Prätor eben so schnell und sicher selbst ein Urtheil sprechen, als dem Judex eine Formel vorschreiben konnte. So war es denn die allgemeine Ansicht der Römer, daß in Civilsachen, wie im Criminalprozeß, ein Judicium nur zur Entscheidung bestrittener Thatsachen angeordnet zu werden pflege (b). — Auch fehlt es nicht an ausdrücklichen Zeugnissen, daß der Prätor eben sowohl selbst ein Urtheil sprechen konnte, als ein von ihm ernannter Judex (c).

(b) Tacitus annal. XI. 6 *„non judicium (quippe ut in manifestos), sed poenam statui videbant."*

(c) *L.* 81 *de jud.* (5. 1) (Ulpian.) „Qui *neque jurisdictioni praeest, ... neque ab eo, qui jus dandorum judicum habet, datus est, ...* judex esse non potuit" (diese Beide also sind gleich fähig, in einer einzelnen Sache das Urtheil zu sprechen). — Paulus V. 5 A. § 1 „Res judicatae videntur *ab his, qui imperium potestatemque habent, vel qui ex auctoritate eorum inter partes dantur ....*". Diese letzte Stelle emendirt Puchta a. a. O. so: „Res judicatae videntur *a judicibus, qui* ab his, qui imperium etc. Diese Emendation aber gründet sich weder auf eine Andeutung der Handschrift, noch auf innere Nothwendigkeit, sondern lediglich auf das Bedürfniß, eine Widerlegung der oben aufgestellten Meinung zu beseitigen. Der handschriftliche Text stimmt mit der voranstehenden Stelle des Ulpian völlig überein. — Wenn der Prätor ohne Judex verurtheilte, so hat es kein Bedenken, daß daraus künftig eine eigentliche exceptio rei judicatae abgeleitet werden konnte. Wenn dagegen der Prätor die Klage sogleich abschlug, welches durch ein bloßes Decret geschah, so konnte wenigstens jener

Die hier aufgeſtellten Regeln gehen auf die ordinaria judicia; daneben aber hat es keinen Zweifel, daß in jedem extraordinarium judicium, z. B. bei Fideicommiſſen, der obrigkeitliche Beamte, der darüber zu urtheilen hatte, durch ſein Urtheil gleichfalls Rechtskraft erzeugte, und zwar mit dem Namen einer res judicata (§ 282. f). Dennoch iſt auch dieſer Fall der Rechtskraft in neuerer Zeit ohne Grund in Zweifel gezogen worden (d).

Dieſe letzte Regel, welche zur Zeit des Formularprozeſſes nur als ſehr beſchränkte Ausnahme zur Anwendung kommen konnte, wurde zur allgemeinen und einzigen Regel durch die Aufhebung des alten ordo judiciorum. Der nunmehr eintretende Zuſtand war ganz derſelbe, welchen allein wir in der heutigen Gerichtsverfaſſung aller Länder kennen.

Die bisher abgehandelte Seite der formellen Beſchaffenheit des zur Rechtskraft fähigen Urtheils hat eine blos geſchichtliche Bedeutung. Weit wichtiger, und gerade für

Name nicht wohl angewendet werden. Indeſſen mag man doch irgend eine Form gefunden haben, um auch dieſem abweiſenden Decret die Rechtskraft zu ſichern. Vgl. den Schluß der folgenden Note.

(d) Puchta Curſus der Inſtitutionen B. 2 § 177 Note o. Er nimmt an, das gewöhnliche Urtheil eines Juder habe wirklich neues Recht erzeugt, und ſey daher von jedem ſpäteren Richter anerkannt worden; das Urtheil eines Magiſtratus habe nur für die demſelben untergeordneten Perſonen bindende Kraft gehabt. — Dieſe Meinung wird unmittelbar widerlegt nicht nur durch die Rechtskraft des Erkenntniſſes über ein Fideicommiß (§ 282. f.), ſondern auch durch die Rechtskraft, die dem Decret der Obrigkeit über Gewährung oder Verſagung einer Reſtitution zugeſchrieben wird. *L.* 1 *C. si saepius* (2. 44). Denn auch dieſes war eine Entſcheidung extra ordinem.

das neuere und heutige Recht besonders wichtig, ist die folgende Seite desselben Gegenstandes.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß das Übel eines unheilbar ungerechten Urtheils, verglichen mit dem Übel einer endlosen Rechtsungewißheit, das geringere Übel sey, und daß daher die Gefahr desselben mit deutlichem Bewußtseyn übernommen werden müsse, um das sonst unvermeidliche größere Übel abzuwenden (§ 280). Bei diesem nothwendigen Entschluß wird jedoch die Natur des Übels, dessen Gefahr wir nothgedrungen übernehmen, und selbst die Wichtigkeit desselben nicht verkannt, und es ergiebt sich daraus die Aufgabe, diese Gefahr so viel möglich zu vermindern, sie in immer engere Gränzen einzuschließen.

Zu diesem Zweck dienen alle Anstalten für die Ausbildung und Auswahl der Richter; eben so dient dazu die Anordnung collegialischer Gerichte; endlich aber und ganz vorzüglich die Einrichtung, nach welcher die Prüfung und Entscheidung eines Rechtsstreits nicht mit einemmal abgethan wird, sondern in mehreren Abstufungen wiederholt werden kann.

Auf den ersten Blick scheint eine solche Einrichtung im Widerspruch zu stehen mit dem großen Werth, der gleich im Eingang dieser Abhandlung auf die unabänderliche Feststellung jedes Rechtsstreits durch richterliches Urtheil gelegt worden ist. Dieses geschah aber im Gegensatz einer endlosen, unbestimmbaren Unsicherheit der Rechtsverhältnisse für alle Zukunft. Damit ist nicht zu vergleichen die hier

angedeutete Einrichtung, bei welcher nur das Finden des unabänderlichen Urtheils unter mehrere Stufen richterlicher Thätigkeit vertheilt wird. Ein solches Verfahren läßt sich bei guter Rechtspflege in mäßige Zeitgränzen einschließen, und es wird dann stets in nicht entfernter Zeit ein Zustand eintreten, in welchem die wünschenswerthe unzweifelhafte Rechtssicherheit wirklich erreicht ist.

Die großen Vortheile einer solchen Einrichtung für die Abwendung ungerechter Urtheile werden durch folgende Betrachtung einleuchten. Zunächst ist schon die blos wiederholte Prüfung eines Rechtsstreits an sich selbst ein wirksames Mittel sowohl für die Parteien, als für den Richter, zu einer vielseitigen Einsicht in das Wesen eines streitigen Rechtsverhältnisses zu gelangen. Dazu kommt aber zweitens der noch größere Vortheil, daß es bei dieser Einrichtung möglich wird, die letzte Entscheidung in einem zahlreichen, mit größter Sorgfalt besetzten Gericht zu concentriren, welches dann eine höhere Sicherheit für die gründliche Urtheilsfindung gewährt.

Der üblichste Kunstausdruck, der in unsrer neueren Rechtssprache zur Bezeichnung dieser Einrichtung gebraucht wird, ist folgender. Wir nennen *Instanzen* die einzelnen Stufen richterlicher Prüfung und Entscheidung. In der Regel sind diese verbunden mit der Unterordnung eines Gerichts unter das andere (niedere und höhere Instanz). Es kann aber auch bei demselben Gericht unter gewissen Bedingungen eine solche wiederholte Prüfung vor sich gehen.

Wie dieſe Einrichtung im Römiſchen Staat Eingang gefunden hat, ſoll nunmehr nachgewieſen werden.

Für das Daſeyn derſelben zur Zeit der freien Republik iſt durchaus kein Zeugniß vorhanden, und es beruht auf unrichtiger Deutung, wenn man Spuren ſolcher Art in dieſer Zeit wahrzunehmen geglaubt hat (e). Auch fehlte dazu eine Hauptbedingung, verſchiedene Obrigkeiten derſelben amtlichen Wirkſamkeit, deren eine der anderen untergeordnet geweſen wäre. Die Prätoren waren von geringerem Rang, als die Conſuln, jedoch in ihrem Amtskreiſe von dieſen durchaus unabhängig. Wohl hätte es ſich denken laſſen, daß von dem Urtheil eines Juder die Berufung an das höhere Urtheil des Prätors, der ihn beſtellt hatte, zugelaſſen worden wäre; aber gerade hierüber fehlt es aus der Zeit der Republik an Zeugniſſen.

Daran freilich iſt nicht zu zweifeln, daß auch in dieſer Zeit die Frage ſtreitig werden konnte, ob überhaupt ein Urtheil, und zwar ein der Form nach gültiges Urtheil, vorhanden ſey oder nicht (f), und dann mußte über dieſe

(e) Hollweg Prozeß B. 1 S. 347 Note 1 widerlegt dieſe irrige Meinung, die u. a. von Zimmern B. 3 S. 500 Note 7 aus wenig haltbaren Gründen vertheidigt wird. Beſonders Cicero in Verrem II. 13 ſpricht gewiß mehr dagegen als dafür, indem er dem Verres einen ſchweren Vorwurf daraus macht, daß er ſich durch ein Edict vorbehalten habe, über die Richtigkeit der Urtheile der Judices hinterher ſelbſt zu erkennen.

(f) Auf dieſen Fall bezog ſich ein beſonderes Rechtsinſtitut des älteren Rechts, die sententiae in duplum revocatio. Cicero pro Flacco C. 21. Paulus V. 5 A. §. 5. 7. Auch in den Digeſten wird dieſer Fall erwähnt. *L.* 1 *pr. quae sent.* (49. 8). „Si quae-

Frage, so wie über jedes streitige Rechtsverhältniß, der Prätor einen Juder entscheiden lassen. Allein ein solcher Streit über das Daseyn, und vielleicht über die Richtigkeit eines Urtheils, der zu allen Zeiten nur ausnahmsweise und selten vorkommt, ist völlig verschieden von den regelmäßig eintretenden Instanzen, in welchen der gerechte Inhalt jedes gesprochenen Urtheils geprüft werden kann, damit dasselbe nach Befinden bestätigt oder abgeändert werde.

Dagegen findet sich die Einrichtung von Instanzen gleich im Anfang der Kaiserregierung, und zwar merkwürdigerweise nicht allmälig und unmerklich entstehend und fortschreitend, sondern sogleich in völliger Ausbildung und Anerkennung. Dieses erklärt sich zum Theil daraus, daß jetzt die oben, in der Zeit der Republik vermißte Bedingung regelmäßiger Instanzen, nämlich die Unterordnung einer Obrigkeit unter eine andere, eingetreten war. Denn daß dem Kaiser alle hohe Obrigkeiten, die alten, wie die neu erfundenen, untergeben seyen, bezweifelte Niemand.

So erscheint schon August als die regelmäßige höchste Instanz für alle Civilprozesse des ganzen Reichs. Da er aber die meisten Geschäfte dieser Art unmöglich selbst besorgen konnte, so übertrug er dieses höchste Richteramt an stellvertretende Obrigkeiten: die Prozesse aus der Stadt an den Präfecten der Stadt, die aus jeder Provinz an ein-

ratur, judicatum sit, nec ne.“ Die Stelle ist freilich aus einer späteren Zeit, aber Gedanke und Ausdruck paßt eben so auch in die frühere.

zelne Consularen, deren jeder für Eine Provinz besonders ernannt wurde (g). Neben dem Kaiser aber übte ein gleiches höchstes Richteramt jetzt auch der Senat aus (h). Eine Berufung vom Senat an den Kaiser war unmöglich (i), und eine Berufung vom Kaiser aufwärts mußte vollends als eine Thorheit angesehen werden (k).

Ob diese merkwürdige Einrichtung als eine bloße Verwaltungsmaaßregel aufgefaßt wurde, die sich als eine natürliche Entwicklung der höchsten Gewalt eines Einzelnen von selbst verstand, wissen wir nicht. Es ist aber auch sehr möglich, daß ein Volksschluß sie eingeführt hat, etwa die Lex Julia judiciaria. Ihre leichte und schnelle Einführung mag wohl durch ein längst empfundenes Bedürfniß begünstigt worden sein, welches erst in Folge der großen politischen Umwälzung seine Befriedigung finden konnte.

Als die Instanzeneinrichtung zu voller Ausbildung gelangt war, wurde sie in folgender Stufenfolge zur Ausführung gebracht.

(g) Sueton. August. C. 33. „Appellationes quotannis urbanorum quidem litigatorum praefecto delegabat urbis, at provincialium consularibus viris, quos singulos cujusque provinciae negotiis praeposuisset.“ Es war eine übertragene Gerichtsbarkeit, die auch in unsren Rechtsquellen bald mandata bald delegata jurisdictio heißt. *Dig.* I. 21 und *L.* 1 *de damno inf.* (39. 2). Daß aber in vielen Sachen auch die Kaiser selbst persönlich entschieden, ist aus den Digesten bekannt. — Vgl. über die Geschichte der Instanzen im Allgemeinen: Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 § 170. Hollweg Prozeß B. 1 § 32.

(h) Tacitus annal. XIV. 28.

(i) *L.* 1 § 2 *a quibus app.* (49. 2).

(k) *L.* 1 § 1 *a quibus app.* (49. 2). „Et quidem stultum est, illud admonere, a principe appellare fas non esse, cum ipse sit, qui provocatur.“

Von dem Juder ging die Berufung an die Obrigkeit, die ihn beſtellt hatte, nie an eine andere oder höhere Obrigkeit (l); vom Prätor an den Präfecten der Stadt, von dieſem aufwärts an den Kaiſer (m).

So beſtand dieſe Einrichtung Jahrhunderte lang neben dem alten ordo judiciorum, und als ein demſelben eingefügter völlig neuer Beſtandtheil. Denn es muß wohl bemerkt werden, daß jede höhere Inſtanz extra ordinem vollzogen wurde (n), indem über eine Berufung die Obrigkeit der höheren Inſtanz ſtets in eigener Perſon, ohne Juder, entſchied. So fand ſich alſo in dieſem langen Zeitraum die merkwürdige Erſcheinung, daß gerade der höhere und mächtigere Theil der Rechtspflege außer derjenigen Form lag, die noch ſtets als die regelmäßige Grundlage der ganzen Gerichtsverfaſſung anerkannt wurde. Indeſſen würde es unrichtig ſeyn, dieſe Erſcheinung als eine Inconſequenz anzuſehen, oder auch als ein Zeichen, daß man die erwähnte Grundlage gering geachtet und vielleicht aufzugeben ſchon damals beſchloſſen habe. Der Grund derſelben liegt vielmehr in dem Weſen des Gerichtsverfahrens ſelbſt. Die ganze richterliche Thätigkeit läßt ſich auf zwei

(l) *L.* 1 § 3 *L.* 21 § 1 *de appell.* (49. 1), *L.* 1 *pr. L.* 3 *quis a quo* (49. 3). — Alle dieſe Stellen ſind aus ſehr ſpäter Zeit, es iſt aber weder unmöglich, noch unwahrſcheinlich, daß die Berufung vom Juder an den Prätor von Anfang an eintrat, ſobald nur überhaupt die Berufung an den Kaiſer das ganze Inſtitut der Inſtanzen hervorgerufen hatte.

(m) *L.* 38 *pr. de minor.* (4. 4).

(n) Hollweg Prozeß B. 1 S. 348.

Hauptstücke zurückführen: Sammlung des Stoffes, und Bildung des Urtheils. In erster Instanz nimmt jenes erste Stück vorzugsweise Zeit und Arbeit in Anspruch, und dazu gebrauchte der Prätor eine große Zahl von Privatrichtern als Gehülfen, denen er das Urtheil hypothetisch vorschrieb. Die höheren Instanzen dagegen benutzen den in erster Instanz gesammelten Stoff, und was in ihnen zu dessen Ergänzung vielleicht geschehen muß, ist verhältnißmäßig von geringer Bedeutung. Darum war hier der Juder entbehrlich.

§. 285.

Rechtskraft. I. Bedingungen. A. Formelle. (Fortsetzung.)

Es ist hier als bloße Thatsache angenommen worden, daß ein höchstes Richteramt des Kaisers, vom Anfang der neuen Verfassung an, ausgeübt wurde, und daß sich hieran die vollständige Einrichtung eines Instanzenzuges anknüpfte. Bekanntlich gehört es aber zu der eigenthümlichen Natur der ganzen Staatsveränderung, daß man den äußeren Schein einer ganz neuen Gewalt überall zu vermeiden, und die wirkliche neue Macht auf alte, bekannte obrigkeitliche Würden zu gründen suchte, die nur, im Widerspruch mit dem Wesen der alten Verfassung, in Einer Person vereinigt wurden. Zur Zeit der Republik nun hatten die höchste richterliche Gewalt in Civilsachen zwei Prätoren, und unter den obrigkeitlichen Gewalten,

deren Titel und Macht dem Kaiſer übertragen wurden, war keine, in deren Amtskreis eine richterliche Gewalt, wenigſtens für die Stadt Rom, unmittelbar enthalten geweſen wäre (a). Es bedarf daher einer beſonderen Erklärung, durch welche künſtliche Verbindung jenes neue höchſte Richteramt an alte obrigkeitliche Gewalten angeknüpft wurde, indem es nur auf dieſem Wege möglich war, das eben angegebene Verfahren bei der Gründung der kaiſerlichen Gewalt auch in dieſer einzelnen Anwendung durchzuführen. Dieſe Unterſuchung iſt in der Beilage *XV.* angeſtellt worden, wo insbeſondere nachgewieſen wird, wie man dazu kam, zwei urſprünglich verſchiedene Kunſtausdrücke der alten Verfaſſung, appellatio und provocatio, bald als gleichbedeutende Bezeichnungen einer jeden Berufung auf eine höhere Inſtanz zu gebrauchen.

Unter Vorausſetzung von Inſtanzen wird es nöthig, zweierlei Urtheile zu unterſcheiden: die, bei welchen es unabänderlich bleibt, und die, welche durch eine weitere Inſtanz abgeändert werden können. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß die Rückwirkung auf den Inhalt der Rechte ſelbſt, die allein zu unſrer gegenwärtigen Aufgabe gehört,

(a) Dieſe Gewalten waren: Tribunitia potestas, proconsularis potestas, imperium, praefectura morum, die Würde des pontifex maximus. Nur in der proconsularis potestas lag unmittelbar eine Gerichtsbarkeit, aber mit geographiſcher Beſchränkung, und zunächſt nicht als höheres Richteramt mit Unterordnung anderer Obrigkeiten.

(§ 280), nur den unabänderlichen Urtheilen zugeschrieben werden kann, und daß in dieser Beziehung jedes Urtheil, das einer ferneren Prüfung unterliegt, vorläufig nur als der Versuch eines Urtheils zu betrachten ist, oder als einer der vielen Schritte im Laufe eines Prozesses, die zu einem letzten, bleibenden Urtheil zu führen bestimmt sind.

Das unabänderliche Urtheil nun, mit welchem allein wir hiernach uns zu beschäftigen haben, nennen wir ein rechtskräftiges, und dieser Kunstausdruck der Rechtskraft, welcher erst hierdurch nach der einen Seite hin seine volle Bestimmtheit erhält, ist auch schon bisher in dieser Untersuchung angewendet worden, um die Einwirkung auf den Inhalt der Rechte (welche die andere Seite der Betrachtung bildet) dadurch zu bezeichnen.

Fragen wir nun, welche Bedingungen vorhanden seyn müssen, damit einem Urtheil überhaupt die besondere Beschaffenheit eines rechtskräftigen Urtheils zugeschrieben werden könne, so läßt sich diese Frage im Allgemeinen so beantworten. Das Urtheil ist rechtskräftig:

1. wenn alle Instanzen erschöpft sind, wenn es also in letzter Instanz (in Rom von dem Kaiser) gesprochen ist;
2. wenn das Recht der Berufung auf eine fernere Instanz verloren ist, oder wenn dasselbe ausnahmsweise bei manchen Arten von Prozessen gar nicht zugelassen wird. Der Verlust jenes Rechts tritt insbesondere ein durch freiwillige Unterwerfung unter das Urtheil, so

wie durch den unbenutzten Ablauf der für eine Berufung vorgeſchriebenen Friſt.

Dieſe Zuſammenſtellung ſoll übrigens hier nur zu einer ungefähren Überſicht dienen; die genauere Unterſuchung und Feſtſtellung gehört lediglich in die Prozeßlehre.

Eine genauere Erwägung bedarf aber noch der Römiſche Sprachgebrauch. Wir ſind gewohnt, das rechtskräftige Urtheil res judicata zu nennen, alſo zwiſchen sententia und res judicata gerade ſo zu unterſcheiden, wie zwiſchen Urtheil überhaupt und rechtskräftigem Urtheil. Res judicata aber heißt eigentlich nur ein abgeurtheilter Rechtsſtreit, alſo ein Urtheil überhaupt. Zur Zeit der freien Republik nun, in welcher noch keine Inſtanzen beſtanden, war jedes Urtheil ſogleich rechtskräftig, und es war unbedenklich, ſich damals mit dem Ausdruck: exceptio rei judicatae zu begnügen, und darunter die Einrede aus einem rechtskräftigen Urtheil zu verſtehen.

Als aber Inſtanzen eingeführt wurden, unterließ man es, den Sprachgebrauch näher zu beſtimmen. Res judicata hieß nach wie vor jedes Urtheil (b), ſelbſt dann, wenn gegen daſſelbe eine Berufung möglich, oder ſogar wirklich eingewendet iſt (c). Nunmehr war der Ausdruck exceptio rei judicatae nicht ganz vorſichtig, indem derſelbe dem

(b) *L.* 1 *de rejud.* (42. 1). (Modestinus): „Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit.“

(c) *L.* 7 *pr. de transact.* (2. 15). „Et post rem judicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris.“ Eben ſo *L.* 11 *eod.*

Irrthum Raum lassen konnte, als ob diese Exception auch durch ein nicht rechtskräftiges, vielleicht gar von einem höheren Richter abgeändertes Urtheil begründet werden könnte. Dennoch fiel es gewiß Keinem ein, so etwas zu glauben, und die Gefahr war auch schon dadurch praktisch ganz unerheblich, daß in allen Fällen solcher Art ohnehin schon eine exceptio rei in judicium deductae damals wirklich begründet war, die ungefähr dieselben Wirkungen hervor brachte, wie die exceptio rei judicatae (§. 281).

Das canonische Recht änderte den Sprachgebrauch, und führte ganz denjenigen ein, dessen wir seitdem uns allgemein bedienen (d). Nun heißt res judicata nicht mehr ein Urtheil überhaupt, sondern ein rechtskräftiges Urtheil, d. h. ein solches, dem nicht mehr eine mögliche Abänderung in einer ferneren Instanz bevorsteht.

Wird nun überhaupt ein Instanzenzug und eine denselben völlig ausschließende Rechtskraft vorausgesetzt, so ist eine Anwendung dieser Verhältnisse auch auf das Innere des Prozeßverfahrens denkbar. Man kann auch bei manchen Aussprüchen des Richters, welche nicht zur Entscheidung des Rechtsstreits selbst, sondern nur zur Vorbereitung dieser Entscheidung bestimmt sind, z. B. bei prozeßleitenden Decreten, oder bei Beweiserkenntnissen, die Unabänderlichkeit, d. h. die Rechtskraft, und zu deren Abwendung eine Berufung auf höhere Instanzen annehmen.

(d) *C.* 13. 15 *X. de sentent.* (2. 27).

Ob dieſes räthlich iſt, und unter welchen Bedingungen es zugelaſſen werden ſoll, das ſind Fragen, die lediglich in das Gebiet der Prozeßlehre gehören, und ganz außer unſrer Aufgabe liegen. Dieſer Gegenſtand iſt hier nur berührt worden, um den Vorwurf zu verhüten, als ſey hier von der Rechtskraft gehandelt worden, ohne den großen Umfang, deſſen dieſes wichtige Rechtsinſtitut empfänglich iſt, vollſtändig in's Auge zu faſſen.

§. 286.

Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils, als Grundlage der Rechtskraft. — Arten des Urtheils.

Das Inſtitut der Rechtskraft iſt dazu beſtimmt, dem Inhalt jedes Urtheils ſeine Wirkſamkeit für alle Zukunft zu ſichern (§ 281). Dabei wird eine genaue Kenntniß dieſes Inhalts vorausgeſetzt, welcher die Grundlage der Rechtskraft ſeyn ſoll.

Zu dieſer Kenntniß des Inhalts gehört aber erſtlich die Angabe der verſchiedenen Möglichkeiten, die bei einem Urtheil vorkommen können, alſo der möglichen Arten des Urtheils. Damit werden zugleich die Gränzen möglicher Urtheile zu ziehen ſeyn, d. h. es iſt anzugeben, was nicht Inhalt eines Urtheils ſeyn, alſo nicht der Rechtskraft theilhaftig werden kann.

Zweitens gehört zu der Kenntniß des Inhalts die Angabe der Erkenntnißgründe, aus welchen wir jenen Inhalt zu ſchöpfen haben.

Es giebt zwei, und nur zwei Arten möglicher Urtheile in Beziehung auf ihren Inhalt (a):

A. Verurtheilung des Beklagten, also Erkenntniß nach dem Antrag des Klägers.

B. Freisprechung des Beklagten, also Erkenntniß nach dem Antrag des Beklagten.

Bevor diese beiden Arten des Urtheils in ihrem eigenthümlichen Inhalt genauer dargestellt werden, ist es nöthig, auf einige angebliche andere Arten einzugehen, aus deren Annahme die Unvollständigkeit der angegebenen Aufzählung hervorgehen würde. Es gehören dahin: 1. Gemischte Urtheile, 2. Unbestimmte Urtheile, 3. Verurtheilung des Klägers.

1. Gemischte Urtheile, d. h. die theils Verurtheilung, theils Freisprechung enthalten.

Daß diese überhaupt vorkommen können, ja daß sie sehr häufig vorkommen, soll gewiß nicht in Abrede gestellt werden. In der That aber bilden dieselben keine dritte Art, sondern es wird in solchen Fällen der Gegenstand des Urtheils in mehrere Theile zerlegt, deren jeder durch ein besonderes Urtheil (wenngleich in derselben Formel vereinigt) entschieden wird, so daß jedes dieser einzelnen Ur-

(a) *L.* 1 *de re jud.* (42. 1). „Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit: *quod vel condemnatione vel absolutione contingit.*“ — *L.* 3 *C. de sentent.* (7. 45). „Praeses provinciae non ignorat, definitivam sententiam, *quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro justa non haberi.*“

theile eine reine Verurtheilung oder eine reine Freisprechung enthält.

Beispiele: Aus einem Vertrag werden Hundert gefordert, der Richter verurtheilt auf Sechszig und spricht den Beklagten von Vierzig frei. Oder es wird das Eigenthum eines Grundstücks eingeklagt, der Richter verurtheilt auf Zwei Drittheile des Grundstücks, oder auf abgegränzte Stücke desselben, und spricht frei von Einem Drittheil oder von den übrigen abgegränzten Stücken.

Dabei ist zuvörderst die Eigenthümlichkeit des Römischen Formularprozesses wohl zu bemerken. Hatte die Klage eine certa intentio (b), so hatte der Juder nur die Wahl, entweder auf das Ganze zu verurtheilen, oder völlig freizusprechen, selbst wenn er die Klage für einen Theil des eingeklagten Gegenstandes als begründet ansah. Hatte also der Kläger mehr gefordert, als ihm gebührte, so verlor er auch das, welches er zu fordern hatte, und zwar nicht zur Strafe für unbillige Übertreibung, sondern lediglich in Folge der so gefaßten Formel, die dem Juder nur eine Alternative stellte, kein drittes zuließ (c). Bei der incerta intentio fiel diese Gefahr weg, weil der Umfang der Verurtheilung ganz in das Ermessen des Richters

(b) Z. B. Si paret, fundum Cornelianum Auli Agerii esse, oder: Si paret, Centum dari oportere .... condemna, si non paret, absolve.

(c) In dem: si non paret, absolve (Note b) war sowohl der Fall, wenn der Beklagte Sechszig, als wenn er gar Nichts schuldig war, enthalten; auf beide Fälle ging die Anweisung, zu absolviren. Vgl. oben B. 5 § 215 und Keller § 56.

geſtellt war. Durch die Aufhebung des Formularprozeſſes hörte indeſſen dieſe Beſchränkung des Richteramtes mit allen ihren Folgen auf (d), und es trat für alle Klagen der natürliche Zuſtand ein, welchen allein wir in unſrem Prozeßverfahren kennen.

Wenn nun der Kläger einen beſtimmten Gegenſtand einklagt, z. B. Hundert Thaler, ſo iſt ſtets hinzuzudenken: Hundert oder weniger, ſo viel, als zu erlangen iſt. Der Richter iſt dann nur darin gebunden, daß er den eingeklagten Umfang nicht überſchreiten darf; innerhalb deſſelben hat er völlig freie Hand. Findet er nun den Anſpruch auf Sechszig begründet, ſo verurtheilt er auf Sechszig und ſpricht auf Vierzig frei. Eben ſo, wenn er die auf ein Grundſtück gerichtete Eigenthumsklage für Zwei Drittheile oder für beſtimmte Äcker in dieſem Grundſtück gegründet findet, da auch hier die Klage ſtets ſo gedacht werden muß: Ich fordere das ganze Grundſtück, oder ſo viel davon irgend zu erlangen iſt.

Für den Erfolg aber iſt es ganz gleichgültig, ob das Urtheil dieſen letzten Satz ausdrückt, oder nicht, da er ſich von ſelbſt verſteht, auch wenn er nicht ausgeſprochen wird. Man kann Dieſes ſo ausdrücken: Jedes Urtheil, worin der Beklagte auf weniger verurtheilt wird, als der Kläger forderte, iſt ſtets ein gemiſchtes Urtheil, indem darin die Freiſprechung von dem übrigen Theil der Forderung ſtillſchwei-

(d) § 33 *J. de act.* (4. 6).

gend mit enthalten ist. In keinem Fall also kann auf diesen übrigen Theil jemals wieder geklagt werden, auch wenn derselbe in dem früheren Urtheil nicht namentlich erwähnt ist. — Ja man kann sogar noch weiter gehen, und jede Verurtheilung überhaupt (auch ohne sichtbare Abweichung von dem Antrag des Klägers) als ein gemischtes Urtheil ansehen, indem dabei stets der stillschweigende Zusatz hinzu zu denken ist: Ein Mehreres hat der Kläger nicht zu fordern.

Diese Sätze lassen sich in folgende Formel zusammenfassen: Alles, was das rechtskräftige Urtheil nicht zugesprochen hat, obgleich es Gegenstand des Rechtsstreits geworden war und daher zugesprochen werden konnte (d. 1), ist als abgesprochen anzusehen. Oder mit anderen Worten: Durch das rechtskräftige Urtheil wird stets das streitige Rechtsverhältniß für immer festgestellt (e). Aus dieser

(d. 1) Diese Beschränkung des hier aufgestellten Satzes ist genau zu beachten, weil nur durch sie der Widerspruch mit den Grundsätzen von der Concurrenz der Klagen verhütet werden kann. Wenn daher durch die condictio furtiva auf Entschädigung wegen des Diebstahls geklagt und erkannt worden ist, so kann noch immer durch die actio vi bonorum raptorum, oder durch die actio furti auf eine Strafe geklagt werden. Denn in der ersten Klage hatte der Richter gar nicht die Möglichkeit, auf Strafe zu erkennen, so daß die Unterlassung des Straferkenntnisses nicht als stillschweigende Abweisung der Strafe angesehen werden kann. Vgl. B. 5 § 233. b. § 234. a.

(e) Keller S. 202 S. 584 Note 3. Buchka B. 2 S. 211. 212. — Dieser ungemein wichtige und in seinen Folgen reichhaltige Satz steht in geschichtlicher Verbindung mit der vertragsmäßigen (contractlichen oder quasicontractlichen) Unterwerfung beider Parteien unter das künftige Urtheil. Denkt man sich, welches nicht unwahr-

Regel ist denn auch für unser heutiges Recht der praktisch wichtige Satz abzuleiten, daß das stillschweigende Übergehen der omnis causa, so wie der Prozeßkosten, eben so zu betrachten ist, wie wenn sie ausdrücklich ausgesprochen worden wären (f).

Hält man fest an diesen Regeln, so vermindert sich die Wichtigkeit der oft aufgeworfenen Frage, ob der Kläger, der nach einer rechtskräftigen Verurtheilung seine Befriedigung noch nicht erlangt hat, blos mit der actio judicati klagen könne, oder auch mit der früheren, bereits abgeurtheilten Klage. Der Gebrauch der actio judicati macht die Sache klarer und einfacher, aber auch die frühere Klage ist ganz ungefährlich, wenn man sie nur unter die eben aufgestellten Beschränkungen stellt, so daß jeder Anspruch, der über die rechtskräftige Verurtheilung hinaus geht, durch die Einrede der Rechtskraft schlechthin ausgeschlossen ist. Wir müssen aber hierin noch weiter gehen. Da unser heutiger Prozeß weder Klagformeln, noch fest bestimmte Arten und Namen der Klagen kennt, sondern Alles von den Behauptungen und Anträgen der Parteien abhängen läßt, so haben wir oft gar kein durchgreifendes Mittel, zu unterscheiden, ob die actio judicati, oder vielmehr (unter

scheinlich ist, daß in den Stipulationen bei der L. C. stets die Worte vorgekommen seyn möchten: sententiae stari, amplius non peti (Brisson. de form. VI. 184), so wird die Sache noch anschaulicher. Vgl. oben § 258.

(f) Verzugszinsen. *L.* 13 *C. de usur.* (4. 32), *L.* 4 *C. depos.* (4. 34). — Prozeßkosten. *L.* 3 *C. de fruct.* 7. 51.

den oben aufgestellten Beschränkungen) die frühere Klage angestellt ist. Diese Unterscheidung wird nur dann, also nur zufällig, mit Sicherheit vorgenommen werden können, wenn etwa der Kläger ausdrücklich nur aus dem Urtheil geklagt hat, ohne das ursprüngliche Rechtsverhältniß genau zu erwähnen, oder wenn umgekehrt die Klage nur auf dieses frühere Verhältniß gegründet ist, nur etwa mit beiläufiger Erwähnung des schon gesprochenen Urtheils.

Ganz auf ähnliche Weise verhält es sich auch im Fall einer völligen Freisprechung. Diese geht nämlich nicht blos auf das Ganze, sondern auch auf jeden denkbaren Theil des Ganzen, weil auch auf diesen der Richter hätte sprechen können. Denn da die Klage auf Hundert stets so auszulegen ist: Auf Hundert oder irgend eine geringere Summe, so hat auch das völlig freisprechende Urtheil den Sinn, daß der Beklagte weder Hundert, noch irgend eine geringere Summe zu zahlen schuldig ist.

Die hier aufgestellten Sätze sind in der Praxis von jeher angewendet worden, wie verschieden man sie auch ausgedrückt und zu begründen versucht haben mag. Seit der Entdeckung des Gajus hat man versucht, dieselben auf verschiedene Weise an die Institute des altrömischen Prozesses anzuknüpfen, diesen also theilweise eine künstliche Wiederbelebung zuzuwenden. Indem ich mich entschieden gegen jedes Verfahren dieser Art erkläre, muß ich voraus bemerken, daß dieser Streit eine rein theoretische Natur hat, indem er blos die geschichtliche Verknüpfung und die

Bezeichnung von Rechtssätzen betrifft, deren Inhalt und Wahrheit außer Streit ist.

So ist neuerlich behauptet worden, die Klagenconsumtion und die damit verbundene negative Function der Einrede der Rechtskraft gelte noch im heutigen Prozeß (§ 283. b). Allerdings führten diese Rechtsinstitute auf dieselben Sätze, die so eben aufgestellt worden sind, und bei einigen der angeführten Stellen des Römischen Rechts (Note f) ist auch ohne Zweifel an sie gedacht worden. Dennoch sind jene Institute schon im Justinianischen Recht völlig verschwunden, und wir gelangen jetzt zwar zu denselben praktischen Regeln, aber auf einem anderen Wege.

Ganz Dasselbe muß ich von der Behauptung anderer Schriftsteller sagen, daß die Novation des altrömischen Prozesses noch jetzt fortdaure. Das rechtskräftige Urtheil nämlich (sagt man) zerstöre die frühere Klage gänzlich durch Novation und setze die neue judicati actio an die Stelle (g). Was man damit praktisch ausrichten will, ist wahr, aber die Herleitung und Bezeichnung ist nicht wahr. Die Novation im Prozeß, die selbst in den neu entdeckten Schriften der alten Juristen so sehr wenig erwähnt wird, war ohne Zweifel auf diejenigen Fälle beschränkt, worin die Klagenconsumtion ipso jure eintrat; Fälle, die schon Jahrhunderte vor Justinian völlig unmöglich geworden waren, und zu keiner Zeit positiv ausgedehnt worden sind. Auf welchem

(g) Diese Frage ist schon oben weiter ausgeführt § 258, besonders Note k.

Wege derselbe praktische Zweck im heutigen Prozeß erreicht wird, ist so eben bereits gezeigt worden.

Fassen wir die eben erörterte Streitfrage kurz zusammen. Die Römer hatten in ihrem Prozeß einige alte Rechtsinstitute, die zu Justinian's Zeit längst verschwunden waren, uns aber in der neuesten Zeit bekannt geworden sind. In diesen Instituten war Vieles ganz formell und historisch: Anderes beruhte auf einem allgemeinen und bleibenden praktischen Bedürfniß, das eben durch jene geschichtlichen Formen damals seine Befriedigung erhalten sollte. In den anderthalb tausend Jahren, seit welchen jene Formen verschwanden, hat das praktische Bedürfniß stets fortgedauert, und man hat sich auf andere Weise zu helfen gesucht, besser oder schlechter, mit mehr oder weniger deutlichem Bewußtseyn, wie es eben gelingen wollte. Jetzt werden jene alten Formen entdeckt, und wir finden, daß die Römer dieselben gebraucht haben, um praktische Bedürfnisse zu befriedigen, die auch wir bisher anerkannt haben. Zu verwundern ist daran nicht viel, da ja die Römer bei der Aufstellung jener Formen nicht aus einer wunderlichen Laune zu Werke gingen, sondern mit ächt praktischem Sinn, wovon sie bekanntlich ein nicht geringes Maaß hatten.

Die neue Entdeckung zeigt uns also, daß wir uns das bleibende Wesen jener alten Rechtsinstitute unter anderen Formen und Namen wirklich angeeignet haben, und diese Bestätigung der Richtigkeit unsres Verfahrens ist sehr anziehend und belehrend. Sollen wir aber deshalb die alten

Namen und Formen hervorsuchen, und in dem heutigen Prozeß von Klagenconsumtion, negativer Function, Novation sprechen? Ich muß ein solches Verfahren durchaus für eine falsche, verwirrende Gelehrsamkeit erklären, für einen Weg, der von der Wahrheit abzuführen geeignet ist.

Insbesondere muß dabei noch auf folgende Analogie des heutigen Rechts mit dem alten Recht aufmerksam gemacht werden. Nach der von mir oben aufgestellten Formel kommt Alles darauf an, was und wie viel zum Gegenstand des Rechtsstreits erhoben, und dadurch dem Urtheil des Richters unterworfen worden ist (S. 304). Wir können Das mit einem altrömischen Kunstausdruck so bezeichnen: Es kommt darauf an, was in judicium deducirt ist. Dabei ist nur der Unterschied zu beachten, daß die Römer den Umfang des in judicium deductum aus der formula, und zwar vorzugsweise aus der in derselben enthaltenen intentio beurtheilten; wir haben eine so feste, gleichförmige Prozeßform nicht, müssen uns aber an den Inhalt der Klagschrift (insbesondere des Antrags) halten, so daß unsre Beurtheilung dieses Gegenstandes auf der einen Seite freier, auf der anderen Seite aber schwankender und unsicherer ist, als es die der Römer war. Auch hierin also haben wir die Analogie eines altrömischen Rechtsinstituts vor uns, dessen genaues Studium uns sehr fördern und vergleichend belehren, dessen versuchte unmittelbare Anwendung aber nur irre führen kann.

2. Unbestimmte Urtheile.

Im Römischen Criminalprozeß wurden jedem Richter drei Täfelchen eingehändigt, bezeichnet mit C (condemno), A (absolvo), NL. (non liquet). War die Stimmenmehrheit für non liquet, so wurde, nach einer unter unsren Schriftstellern seit langer Zeit verbreiteten Meinung, der Angeklagte nicht für schuldlos erklärt, aber er blieb ohne Strafe, es war nach dieser Meinung ähnlich unsrer Freisprechung von der Instanz. Man könnte glauben, ein ähnliches nicht entscheidendes Urtheil wäre auch im Civilprozeß möglich gewesen.

In der That aber verhielt es sich auch schon im Criminalprozeß ganz anders. Wenn die meisten Stimmen auf non liquet gingen, so lautete der Ausspruch des vorsitzenden Prätors nicht: Non liquet, wodurch die Sache auf unbestimmte Zeit, vielleicht für immer, unentschieden geblieben wäre, sondern vielmehr: Amplius, welches die Folge hatte, daß die Verhandlung an irgend einem anderen nahen Tage fortgesetzt wurde, bis die Richter glaubten, ein sicheres Urtheil aussprechen zu können. Der Ausgang jedes einzelnen Criminalprozesses war also stets Verurtheilung oder Freisprechung, nie Unentschiedenheit (h).

Eben so war aber auch im Civilprozeß zu allen Zeiten kein anderer Ausgang möglich, als durch Verurtheilung

(h) Dieser Gegenstand ist ausführlich und gründlich behandelt von Geib Geschichte des römischen Criminalprozesses. Leipzig 1842. S. 568—583.

oder Freisprechung, worunter auch die gemischten Urtheile mit begriffen sind; ein Urtheil mit non liquet war nie möglich.

Die regelmäßige Anweisung in der Formel: Si paret, condemna, si non paret, absolve, ließ für eine dritte Art von Urtheilen keinen Raum (Note b), und das zweite Glied der Alternative: si non paret, umfaßte nicht nur die Fälle, worin der Judex die bestimmte Überzeugung hatte, der Beklagte sey nicht verpflichtet, sondern auch die, worin es ihm an aller Überzeugung nach beiden Seiten hin gänzlich fehlte. Derselbe Satz, dessen Anerkennung so eben aus den Römischen Formeln nachgewiesen worden ist, wird von dem Standpunkt unsres wissenschaftlich ausgebildeten Prozeßrechts so ausgedrückt: Nach der Regel über die Beweislast darf und muß der Richter annehmen, die nicht erwiesene Klage sey nicht begründet. Es liegt hierin nur eine andere Auffassung und Bezeichnung desselben Satzes.

Es sind nur noch einige Stellen zu erklären, die auf die Möglichkeit eines solchen unentscheidenden Urtheils gedeutet werden könnten.

Gellius erzählt, er selbst sey einmal Judex gewesen, als ein sehr rechtschaffener Mann gegen einen Menschen von verdächtigem Charakter ein Darlehn einklagte, ohne Beweise führen zu können. Durch einen Eid: mihi non liquere, machte er sich frei von der Verlegenheit, gegen seine persönliche Meinung urtheilen zu müssen (i). Wollte man

(i) Gellius XIV. 2: „et propterea juravi, mihi non liquere, atque ita judicatu illo solutus sum."

Das ſo verſtehen, als ſey nun das Urtheil non liquet geſprochen worden, ſo würde die oben aufgeſtellte Behauptung widerlegt ſeyn. Der Erfolg war aber nur der, daß dem Gellius geſtattet wurde, perſönlich aus dem auferlegten Judicium auszuſcheiden, und daß nun ein anderer Juder an ſeine Stelle trat (k).

Eben ſo kommt es vor, daß bei einem Richtercollegium Einer ſchwört, sibi non liquere, während die Übrigen einverſtanden ſind. Das Urtheil derſelben iſt rechtsgültig, da ſie ja ſogar, wenn Jener ſeine entgegengeſetzte Stimme wirklich abgegeben hätte, durch Stimmenmehrheit entſchieden haben würden (l).

Wenn ein Schiedsrichter mit Beſchränkung auf beſtimmte Zeit gegeben iſt, und ſchwört, sibi nondum liquere, ſo muß ihm die Friſt verlängert werden (m). Auch in dieſem Fall alſo kommt ein Urtheil non liquet nicht vor.

---

3. Verurtheilung des Klägers.

Dieſer, in der oben gegebenen Aufzählung möglicher Urtheile nicht vorkommende Fall, kann hier einſtweilen nur der Vollſtändigkeit wegen mit aufgeführt werden. Die

(k) Auf gleiche Weiſe wurde ein anderer Juder ernannt, wenn der zuerſt ernannte vor dem Urtheil ſtarb oder wahnſinnig wurde; daſſelbe Judicium dauerte fort, und nur die Perſon wurde verändert. *L.* 32. 46. 60 *de jud.* (5. 1).

(l) *L.* 36 *de re jud.* (42. 1). Auch hier ſcheidet nur die einzelne Perſon aus, das Urtheil nimmt die Formel: Non liquet, nicht in ſich auf.

(m) *L.* 13 § 4 *de receptis* (4. 8).

Beurtheilung deſſelben iſt erſt in Verbindung mit den freiſprechenden Urtheilen möglich (§ 288. 289).

§. 287.

Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Fall der Verurtheilung des Beklagten.

Nach dieſer vorläufigen Beſeitigung anderer denkbarer Arten des Inhalts eines Urtheils kehre ich jetzt zur genaueren Betrachtung der beiden aufgeſtellten Fälle (§ 286) zurück, welche als:

Verurtheilung des Beklagten, und
Freiſprechung des Beklagten

bezeichnet worden ſind, um für jeden derſelben beſonders feſtzuſtellen, was als wahrer Inhalt deſſelben anzuſehen iſt.

Bei der Verurtheilung des Beklagten iſt es zuvörderſt nöthig, auf die beiden Hauptarten der Klagen zurück zu gehen: perſönliche Klagen und Klagen in rem (§ 206. 207).

Die Verurtheilung bei einer perſönlichen Klage iſt ſehr einfacher Art: ſie geht ſtets auf eine beſtimmte Handlung oder Unterlaſſung, die dem Beklagten als nothwendig auferlegt wird, übereinſtimmend mit dem Inhalt der Obligation, die den Grund der angeſtellten Klage enthält.

Die Klagen in rem ſind ſtets gegründet auf ein Verhältniß des Sachenrechts, Erbrechts, Familienrechts, welches der Kläger ſich zuſchreibt. Die Verurtheilung enthält

zunächst die Anerkennung dieses bestrittenen Rechtsverhältnisses in der Person des Klägers; daneben aber, und nur als abgeleitete Folge davon, die dem Beklagten auferlegte Nothwendigkeit einer Handlung oder Unterlassung.

Das Rechtsverhältniß, welches auf diese Weise in Folge einer Klage in rem anerkannt wird, ist gewöhnlich ein ausschließendes, welches nur der einen oder nur der anderen Partei allein zukommen kann, vielleicht auch keiner von beiden. Die Verurtheilung also, die in der Person des Klägers das Recht anerkennt, schließt eben daher auch den Satz in sich, daß dieses Recht dem Beklagten nicht zustehe. Das Urtheil braucht diesen zweiten Satz nicht auszusprechen, spricht ihn auch gewöhnlich nicht aus; es ist aber stets so anzusehen, als ob es ihn ausspräche (a).

Endlich ist für beide Klassen der Klagen die gemeinsame, schon oben aufgestellte Bemerkung in Erinnerung zu bringen, daß in gewissem Sinn jede Verurtheilung zugleich ein gemischtes Erkenntniß ist, indem stets der Ausspruch stillschweigend hinzugedacht werden muß: mehr, als hier ausgesprochen worden, liege in dem Recht des Klägers, in der Verpflichtung des Beklagten, nicht (§ 286).

(a) *L.* 15 *de exc. r. j.* (44. 2) „quia *eo ipso*, quo meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur, *tuam non esse.*" — *L.* 30 § 1 *eod.* „Respondi, si de proprietate fundi litigatur, et secundum actorem pronuntiatum fuisse diceremus, petenti ei, qui in priore judicio victus est, obstaturam rei judicatae exceptionem: *quoniam de ejus quoque jure quaesitum videtur, cum actor petitionem excludet.*" — *L.* 40 § 2 *de proc.* (3. 3) „nam cum judicatur, rem meam esse, *simul judicatur, illius non esse.*"

Die hier aufgestellten Sätze über den wahren Inhalt eines verurtheilenden Erkenntnisses sind aus der allgemeinen Betrachtung des Wesens eines solchen Urtheils abgeleitet, und haben daher keine geschichtliche Natur. Aus dem eigenthümlichen Entwicklungsgang des Römischen Rechts aber können Zweifel hergenommen werden, ob es sich so in der That zu allen Zeiten und bei allen Arten der Klagen verhalten habe.

Zu einem solchen Zweifel veranlaßt uns die sehr eigenthümliche, während der ganzen Zeit des Formularprozesses geltende Regel, nach welcher alle Condemnationen nur auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet werden konnten (b). Hiernach scheint es, daß die Verurtheilung auch bei den Klagen in rem, gerade so, wie bei den persönlichen Klagen, nur eine Leistung des Beklagten ausgesprochen, nicht ein Recht des Klägers anerkannt hätte.

Bevor die Lösung dieses Zweifels versucht wird, sind zuerst die Gränzen anzugeben, innerhalb welcher allein derselbe geltend gemacht werden kann.

Im ältesten Recht, d. h. vor der Einführung der formulae, galt jene Eigenthümlichkeit nicht, und eben so hat sie völlig aufgehört und ist Alles in das natürliche Verhältniß zurückgekehrt seit der Abschaffung des Formularprozesses, indem nunmehr wieder, so wie in der ältesten Zeit, auf die Herausgabe des streitigen Gegenstandes selbst, nicht auf

(b) Gajus IV. § 48.

Zahlung einer Geldſumme, geſprochen, alſo das ſtreitige Recht unmittelbar dem Kläger zuerkannt wird (c).

Ferner iſt jenem Zweifel durchaus nicht die Bedeutung zu geben, als ob zur Zeit des Formularprozeſſes jemals der ſcharfe Gegenſatz der Klagen in rem und in personam verkannt oder verwiſcht worden wäre; vielmehr wurde dieſer Gegenſatz auf das Beſtimmteſte in der intentio ausgedrückt durch die Faſſung: rem *actoris esse*, oder aber: reum *dare oportere* (d). — Ja ſogar iſt es durch viele unzweifelhafte Stellen aus der Zeit des Formularprozeſſes unmittelbar gewiß, daß wirklich dem Kläger das Daſeyn eines Rechts in ſeiner Perſon zuerkannt wurde (e). Und

(c) § 2 *J. de off. jud.* (4. 17) „Et si in rem actum sit . . . sive contra possessorem (judicaverit), jubere ei debet, *ut rem ipsam restituat cum fructibus.*“ — § 32 *J. de act.* (4. 6), *L.* 17. *C. de fideic.* (7. 4), *L.* 14 *C. de sentent.* (7. 45).

(d) Gajus IV. § 41. 86. 87.

(e) *L.* 8 § 4 *si serv.* (8. 5) „per sententiam non debet servitus constitui, *sed quae est declarari.*“ — *L.* 35 § 1 *de rei vind.* (6. 1) „Ubi autem alienum fundum petii, et judex *sententia declaravit meum esse.*“ — *L.* 58 *eod.* „Sed si . . . de ipso homine *secundum petitorem judicium factum esset*, non debere ob eam rem judicem, quod hominem non traderet, litem aestimare.“ — *L.* 9 *pr.* § 1 *de exc. r. j.* (44. 2) „sive fuit judicatum, *hereditatem meam esse*,“ und nachher: „re secundum petitorem judicata . . . replicare eum oportere, de re secundum se judicata.“ — *L.* 3 § 3 *de rebus eorum* (27. 9) „si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et *contra pupillum pronuntiatum, tutoresque restituerunt.*“ — *L.* 11 § 3 *de jurej.* (12. 2) „Si . . . juravero . . . id consequi debeo, quod haberem, *si secundum me de hereditate pronuntiatum esset.*“ — *L.* 6 § 2 *de confessis* (42. 2) „Sed et si . . . confessus, perinde habearis, atque *si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset.*“ — Endlich auch *L.* 15, *L.* 30 § 1 *eod.* — *L.* 40 § 2 *de proc.* (ſ. o. Note a).

ſelbſt abgeſehen von dieſen einzelnen Zeugniſſen, geht dieſelbe Wahrheit aus dem ganzen Zuſammenhang der Einrede der Rechtskraft, ſo wie derſelbe unten dargeſtellt werden wird, mit voller Gewißheit hervor.

Endlich iſt noch zu erwägen, daß es für die Klagen aus Eigenthum und Erbrecht drei verſchiedene Formen gab, die nach Umſtänden eintreten konnten: Eine legis actio vor den Centumvirn, eine Sponſionsklage, und die arbitraria actio, die allein im neueſten Recht übrig geblieben iſt (f). Auf die beiden erſten Formen bezieht ſich der Zweifel gar nicht. Denn die erſte Form ſtand ganz unter den Regeln des älteſten Rechts, nicht des Formularprozeſſes. Die zweite Form war gerade darauf berechnet, daß über das Daſeyn des Rechts, und über dieſes allein, zunächſt geurtheilt werden ſollte (g). Der ganze Zweifel beſchränkt ſich alſo auf den Fall der arbitraria actio, d. h. der petitoria formula, und er nimmt hier nunmehr folgende Geſtalt an, in welcher ſich allerdings das Intereſſe der ganzen Frage ſehr vermindert.

Wir wiſſen ganz gewiß, daß das Endurtheil nur auf eine Geldzahlung gerichtet war, nicht auf die ſtreitige

(f) Gajus IV. § 91—95.

(g) Gajus IV. §. 93. 94. Es wurde folgende Sponſion geſchloſſen: Si homo, quo de agitur, ex jure quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes? Verurtheilte nun der Juder auf dieſe Summe, ſo hatte Das nicht die Folge, daß die Summe gezahlt werden mußte, ſondern daß die Bedingung der Sponſion (das Daſeyn des Eigenthums) rechtskräftig feſtgeſtellt war. Man drückte Dieſes ſo aus: Nec enim poenalis est (sponsio), sed praejudicialis.

Sache selbst. Wir wissen eben so gewiß, daß über das Daseyn des Eigenthums rechtskräftig entschieden wurde, mit sicherer Wirkung für alle Zukunft. Wie ist nun dieser scheinbare Widerspruch zu lösen? In welcher Form konnte neben jenem auf Geld beschränkten Inhalt des Urtheils dennoch für die rechtskräftige Anerkennung des Eigenthums gesorgt werden?

Der vollständige Verlauf einer solchen arbitraria actio war folgender (h). Wenn sich der Judex von dem Eigenthum des Klägers überzeugt hatte, so sprach er zunächst die gewonnene Überzeugung von dem Recht des Klägers aus, und forderte den Beklagten auf, dem Anspruch des Klägers freiwillig Genüge zu leisten, d. h. die streitige Sache herauszugeben. Gehorchte der Beklagte diesem jussus oder arbitratus, so erfolgte eine Freisprechung; gehorchte er nicht, so wurde er verurtheilt, aber nicht auf die Sache selbst, sondern auf eine Geldsumme, mit deren Bestimmung besondere Gefahren für den Beklagten verbunden waren.

Es ging also dem Befehl zur Restitution vorher ein Ausspruch des Judex, welcher das Daseyn des vom Kläger behaupteten Rechts ausdrücklich anerkannte. Dieser Ausspruch führte den technischen Namen Pronuntiatio, und auf ihn gründete sich für alle Zukunft die Wirkung der Rechtskraft, also insbesondere auch der Anspruch des Klägers, in jedem künftigen Rechtsstreit eine exceptio rei judicatae

(h) Dieser Gegenstand ist oben ausführlich behandelt worden B. 5 § 221—223.

geltend zu machen (i). Daß dieses sich so verhielt, ist jetzt unmittelbar gewiß geworden durch die neuerlich bekannt gemachten, von dem Antecessor Stephanus herrührenden griechischen Scholien zu den Digesten, worin an fünf verschiedenen Stellen der lateinische Kunstausdruck Pronuntiatio hervorgehoben, und in der hier angegebenen Weise ausführlich erklärt wird (k). Damit stimmt zugleich eine bedeutende Zahl von Digestenstellen überein, die ganz in demselben Sinn die Pronuntiatio und das pronuntiare erwähnen (l). Auf den Grund dieser Stellen war auch schon vor der erwähnten neuen Entdeckung von mehreren Schriftstellern das wahre Verhältniß der Sache im Ganzen richtig erkannt und dargestellt worden (m). Ja selbst wenn eine solche förmliche Handlung, wie sie hier unter dem Namen der Pronuntiatio anerkannt worden ist, nicht vorgekommen wäre, so hätte dennoch aus dem Urtheil eine Einrede der Rechtskraft abgeleitet werden können, wenn nur aus dem Inhalt des Urtheils unzweifelhaft hervorging, daß

(i) Ob diese Pronuntiatio gewöhnlich, oder auch nur zuweilen, den Namen einer sententia führte, kann dabei gleichgültig seyn. Auf den Zweifel über diesen Punkt habe ich früher mehr Gewicht gelegt, als ihm gebührt.

(k) Zachariä v. Lingenthal von der Pronuntiatio, Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft B. 14 S. 95—126.

(l) Vgl. oben Note a. und e. Mehrere andere Stellen dieser Art sind angeführt bei Zachariä S. 101. 102.

(m) Keller § 27—31. Wetzell Vindicationsprozeß S. 107 bis 110. Dieser letzte Schriftsteller bezeichnet zu scharf den vorläufigen Ausspruch des Judex als ein eigentliches Präjudicium, und identificirt dadurch zu sehr den Sponsionsprozeß mit der petitoria formula. Die Verschiedenheit liegt aber hier mehr in der Form und dem Ausdruck, als in dem Wesen der Sache.

dabei die Anerkennung des Eigenthums als Grund und Bedingung der Entscheidung wirklich vorausgesetzt war. Diese Behauptung kann jedoch hier noch nicht gerechtfertigt werden, da sie mit Demjenigen zusammenhängt, welches unten über die Rechtskraft der Gründe gesagt werden wird. Durch diese Bemerkung soll darauf aufmerksam gemacht werden, daß in der angegebenen Wirksamkeit der Pronuntiatio nicht etwa eine zufällige und willkürliche Einrichtung lag, sondern daß sie in einem inneren Zusammenhang stand mit der allgemeinen Auffassung der Rechtskraft überhaupt. Die Pronuntiatio diente dazu, daß das Daseyn jenes Entscheidungsgrundes nicht übersehen oder in Zweifel gezogen werden konnte.

§. 288.

Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Fall der Freisprechung des Beklagten.

Von den beiden Fällen, die in dem Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils vorkommen können (§ 287), ist jetzt noch der zweite, der Fall der Freisprechung des Beklagten, in seiner eigenthümlichen Bedeutung und Wirkung festzustellen.

Die Freisprechung des Beklagten, völlig gleichbedeutend mit der Abweisung des Klägers, hat einen blos verneinenden Inhalt; die Anerkennung eines dem Beklagten zustehenden Rechts kann darin nicht enthalten seyn. Dieser

wichtige und durchgreifende Unterschied der Freisprechung von der Verurtheilung läßt sich so ausdrücken: Aus der Verurtheilung kann der Kläger für die Zukunft, wie er es bedarf, sowohl eine Klage, als eine Exception ableiten, aus der Freisprechung an sich entspringt für den Beklagten nur eine Exception, keine Klage.

Der wahre Grund dieser beschränkteren Wirkung der Freisprechung liegt in der allgemeinen Natur des Rechtsstreits überhaupt. Jeder Kläger fordert die Hülfe des Richteramtes zur Abänderung des factisch bestehenden Zustandes, weil dieser mit dem wahren Recht nicht übereinstimme. Der Richter kann diese Hülfe nach Befinden gewähren oder verweigern, für eine andere Thätigkeit, insbesondere für eine solche, die zum Nachtheil des Klägers gereichen könnte, liegt in einer angestellten Klage kein Beweggrund.

Eine Bestätigung der Wahrheit des aufgestellten Unterschieds enthält auch die Fassung der Römischen formula: Si paret, condemna, si non paret, absolve. In dem condemna liegt die Nothwendigkeit eines positiven Handelns von Seiten des Beklagten, in dem absolve liegt die bloße Verneinung oder Verweigerung jeder Hülfe; ein Drittes aber ist dem Juder auszusprechen weder geboten, noch verstattet.

Die Anwendung der aufgestellten Regel auf persönliche Klagen erregt keine Art von Bedenken; der Kläger behauptet die Nothwendigkeit einer bestimmten Handlung von

Seiten des Beklagten, der Richter spricht aus, diese Nothwendigkeit sey nicht vorhanden.

Etwas anders steht die Sache bei den Klagen in rem. In den häufigsten und wichtigsten Fällen derselben, bei Eigenthum und Erbrecht, wird über das Daseyn eines Rechts von ausschließender Natur gestritten, so daß das Daseyn desselben in der einen Partei das Nichtdaseyn in der andern nothwendig in sich schließt (§. 287).

Indem nun der Kläger behauptet, daß ein solches Recht in seiner Person vorhanden sey, kann der Beklagte diese Behauptung auf verschiedene Weise zu bestreiten suchen. Er kann sich darauf beschränken, die Beweise des Klägers zu entkräften; er kann aber auch das Daseyn des bestrittenen Rechts in seiner eigenen Person behaupten und beweisen, wodurch dann das Recht des Klägers nach der aufgestellten Regel von selbst widerlegt ist.

Wenn nun der Beklagte diesen letzten Weg einschlägt und von seinem Recht den Richter überzeugt, so könnte man glauben, das Urtheil müsse auf Anerkennung des Rechts des Beklagten gehen, insofern also auf Verurtheilung des Klägers, so daß der Beklagte aus diesem Urtheil an sich für die Folge sowohl eine Klage, als eine Exception unmittelbar ableiten könnte. In der That aber verhält es sich nicht also; vielmehr beschränkt sich auch hier der Ausspruch auf die bloße Abweisung des Klägers, so daß durchaus kein Unterschied in dem Ausspruch des Richters eintritt, der Beklagte mag gewinnen, weil er selbst sein

Eigenthum bewiesen, oder weil blos der Kläger das seinige nicht bewiesen hat.

Die Wahrheit dieser Behauptung folgt aus den so eben für alle Klagen aufgestellten allgemeinen Gründen, insbesondere aus der ausschließenden Alternative in der Römischen formula: Si paret, condemna, si non paret, absolve, die völlig gleichlautend war bei Klagen in rem, wie bei persönlichen Klagen.

Eine unmittelbare Bestätigung dieses Satzes liegt aber auch in einer wichtigen Stelle des Gajus (a), deren Inhalt und Gedankengang ich hier darlegen will, um den entscheidenden Theil derselben für den angegebenen Zweck benutzen zu können.

Zwischen mir und dir (sagt Gajus) ist Streit über eine Erbschaft; jeder von uns behauptet, allein Erbe zu seyn, und jeder besitzt einige Sachen aus der Erbschaft. Daraus folgt, daß ich gegen dich die Erbschaftsklage anstellen kann, eben so aber auch du gegen mich. Wenn nun zuerst ich gegen dich geklagt habe, und ein rechtskräftiges Urtheil gesprochen ist, dann aber du gegen mich klagen willst: so fragt es sich, ob Dieses zulässig ist, oder vielmehr durch die Einrede der Rechtskraft verhindert wird. Alles kommt auf den Inhalt des gesprochenen Urtheils an; bist darin du verurtheilt, so wirst du jetzt durch die Einrede ausgeschlossen, weil aus dem mir zuerkannten Erbrecht

(a) *L.* 15 *de exc. r. j.* (44. 2). (Gajus Lib. 30 ad ed. prov.). — Vgl. über diese Stelle Keller S. 224.

nothwendig folgt, daß du nicht Erbe biſt (§ 287. a). Wenn dagegen das geſprochene Urtheil mich abgewieſen hat, ſo hindert dich dieſes Urtheil an ſich nicht, die Klage anzuſtellen, in deren Entſcheidung der Richter völlig freie Hand hat; er kann mich verurtheilen, oder dich abweiſen, da es möglich iſt, daß die Erbſchaft weder mir, noch dir gehört. — Der letzte Theil der Stelle, auf den hier Alles ankommt, lautet wörtlich alſo:

> Interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit, an contra. Si meam esse, nocebit tibi rei judicatae exceptio: quia eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse. Si vero meam non esse, *nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua.*

Hier werden augenſcheinlich nur zwei Fälle möglicher Urtheilsfaſſung angenommen: eine Verurtheilung, und eine Freiſprechung, die an ſich das Recht des Beklagten ganz unentſchieden läßt, ſo daß dieſer zweite Ausſpruch als ſolcher bei einem künftigen Streit über dieſes Recht des Beklagten keinen Einfluß hat. Der Verfaſſer der Stelle ſetzt alſo unzweifelhaft voraus, daß der Ausſpruch einer Anerkennung des Erbrechts in der Perſon des Beklagten unmöglich ſey, indem er offenbar die Abſicht hat, die Fälle vollſtändig aufzuzählen, die bei dem Ausſpruch über den zuerſt geführten Rechtsſtreit möglicherweiſe vorkommen konnten.

Eine indirecte Bestätigung der hier aufgestellten Regel liegt noch in der Entscheidung eines verwandten Falles, die man auf den ersten Blick geneigt seyn könnte, als Widerlegung derselben anzusehen. Die Entscheidung eines Rechtsstreits durch einen zugeschobenen Eid hat großentheils ähnliche Wirkungen, wie die Entscheidung durch Urtheil, weshalb auch nicht selten beide Fälle der Entscheidung als gleichartig zusammengestellt werden (b). Schwört nun der Kläger den ihm zugeschobenen Eid dahin ab, daß er Erbe (oder Eigenthümer) sey, so erwirbt er für die Zukunft Klage und Einrede: schwört der Beklagte, der Kläger sei nicht Erbe oder nicht Eigenthümer, so entsteht aus diesem Eid eine bloße Einrede (c). Soweit steht der Fall des Eides dem des Urtheils völlig gleich.

Bei dem Eid aber kann auch noch ein anderer Fall eintreten. Die Fassung desselben steht in der Willkühr dessen, der den Eid zuschiebt. Daher kann der Kläger den Eid auch so zuschieben, daß der Beklagte schwöre, er (der Beklagte) sey Eigenthümer. Wird dieser Eid abgeschworen, so erwirbt daraus der Beklagte für die Zukunft nicht nur eine Einrede, sondern auch eine Klage, welches ausdrücklich von Ulpian bezeugt wird. Er spricht zuerst von dem so eben schon erwähnten Fall, wenn der Beklagte

(b) *L.* 11 § 3 *de jurej.* (12. 2). „Si jucavero . . hereditatem meam esse, id consequi debeo quod haberem, *si secundum me de hereditate pronuntiatum esset.*“

(c) *L.* 11 § 3 *cit.*, *L.* 7 § 7 *de public.* (6. 2)

ſchwört, der Kläger ſey nicht Eigenthümer, und ſagt, aus dieſem Eid entſtehe nur eine Einrede, keine Klage (d):

Sed si possessori fuerit jusjurandum delatum, jureveritque *rem petitoris non esse* .... exceptione jurisjurandi utetur ... actionem non habebit ... non enim *rem suam esse* juravit, sed *ejus non esse*.

Dann geht er unmittelbar zur Betrachtung des von mir zuletzt erwähnten Falles über, wenn der Beklagte ſchwört, er ſelbſt ſey Eigenthümer, und ſpricht für dieſen Fall dem Schwörenden auch ſelbſt eine Klage zu.

Proinde si, cum possideret, deferente petitore *rem suam esse* (e) juravit, consequenter dicemus ... actionem in factum ei dandam.

Dieſes iſt nun gerade der Fall, welcher nach der oben aufgeſtellten Behauptung in dem Ausſpruch des richterlichen Urtheils gar nicht vorkommen darf, ſo daß in Folge eines ſolchen Ausſpruchs der Beklagte niemals eine Klage erwerben kann. Meine Behauptung geht alſo dahin, daß hierin beide Arten der Beendigung eines Rechtsſtreits (Eid und Urtheil) völlig verſchieden ſind.

Es iſt aber auch in der That nicht ſchwer, den weſentlichen und nothwendigen Grund des Unterſchieds zu entdecken. Der Eid hat die Natur eines Vergleichs (f),

(d) *L.* 11 *pr.* § 1 *de jurej.* (12. 2).

(e) Die Florentina lieſt: rem suam juravit, ohne esse, wodurch der Satz zwar keinen anderen Sinn bekommt, aber hart wird. Das esse hat nicht blos Haloander, ſondern auch die Vulgata, welches Gebauer nicht bemerkt.

(f) *L.* 2 *de jurej.* (12. 2).

indem es ganz in der Willkühr des Zuschiebenden steht, ob und in welcher Formel er die Entscheidung des Streits dem Gewissen seines Gegners überlassen will. Läßt er also diesen schwören, der Beklagte sey Eigenthümer, so muß er sich die ausgedehnteren Folgen des so gefaßten Eides gefallen lassen, weil er durch seinen freien Willen diesen Ausgang herbeigeführt hat.

Gerade Dieses aber verhält sich bei dem richterlichen Urtheil ganz anders. Hier beruht Nichts auf der Willkühr der Parteien, Alles auf fest bestimmten Rechtsregeln. Es ist also ganz folgerecht, daß es dem Richter nicht verstattet ist, dem freisprechenden Urtheile die oben erwähnte größere Ausdehnung zu geben, während der Kläger sich dieser Ausdehnung durch seinen freien Willen wohl unterwerfen kann (g).

Aus der hier angestellten Untersuchung geht hervor, daß der Inhalt des Urtheils nur zwei Gegenstände haben kann: die Verurtheilung des Beklagten, oder die Freisprechung des Beklagten; daß also die Verurtheilung des Klägers darin nicht vorkommen kann. Dieser Satz ist als Regel hier dargestellt und gegen mögliche Zweifel in Schutz genommen worden. Es werden jedoch Ausnahmen

(g) Es wird indessen weiter unten (§ 290. 291) gezeigt werden, daß die hier nachgewiesene Unmöglichkeit einer Verurtheilung des Klägers weniger strenge praktische Folgen hat, als man auf den ersten Blick anzunehmen geneigt seyn möchte.

von dieser Regel behauptet, und es soll nunmehr dargethan werden, daß diese angeblichen Ausnahmen auf bloßem Schein beruhen (h).

§. 289.

Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Nicht: Verurtheilung des Klägers.

Es werden zweierlei Fälle angegeben, in welchen ausnahmsweise auch der Kläger soll verurtheilt werden können: die duplex actio und die Widerklage. Beide Fälle sind sowohl verwandt, als verschieden: beide aber kommen darin überein, daß jede Partei wirklich Kläger und zugleich auch Beklagter ist, nur in verschiedenen Beziehungen. Wird also der ursprüngliche Kläger verurtheilt, so widerfährt ihm Dieses nicht in seiner Eigenschaft als Kläger, sondern in der eines Beklagten. In der That also müssen wir in diesen Fällen nur Anwendungen und Bestätigungen der aufgestellten Regel erkennen, nicht Ausnahmen derselben.

I. Duplex actio.

Von dieser Art der Klagen ist schon oben gehandelt worden (§ 225). Die Eigenthümlichkeit derselben liegt

(h) Die Verurtheilung des Klägers in die Prozeßkosten hat keinen Zweifel, kann aber unter diese Ausnahmen nicht gerechnet werden. Diese beruht auf den besonderen, aus dem Prozeß entspringenden Verpflichtungen; wir haben hier blos mit der Einwirkung des Urtheils auf die materiellen Rechtsverhältnisse der Parteien zu thun, wie dieselben unabhängig von dem Prozeß bestanden.

darin, daß die erwähnte doppelte Eigenschaft der Parteien nicht erst durch die Willkühr des Beklagten, sondern durch die allgemeine Natur der Klage begründet wird, also durch den Richter überall zur Anwendung gebracht werden muß, wo nur die Umstände dazu geeignet sind.

Es gehören dahin die drei Theilungsklagen und die zwei Interdicte zur Erhaltung des Besitzes.

Die Formel der Theilungsklagen bestand aus zwei Stücken, einem persönlichen und einem auf Adjudication gerichteten. — Wie das persönliche Stück lauten mußte, um jede Partei zum Kläger und Beklagten zugleich zu machen, wird bei der Widerklage gezeigt werden. — Die Adjudication aber war unpersönlich gefaßt, und in sofern ähnlich der intentio einer Klage in rem (a).

Die Formel der zwei erwähnten Interdicte war an beide Parteien gleichmäßig gerichtet (b), und drückte dadurch unmittelbar aus, daß beide in völlig gleicher Lage einander gegenüber stehen sollten, nicht in der bei anderen

(a) Gajus IV. § 42. „Quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato.“ Der Name Titio scheint allerdings nicht zu der behaupteten Unpersönlichkeit der Formel zu passen, und könnte wohl auf einer unrichtigen Lesart beruhen; die gewöhnlichen Parteinamen: Aulus Agerius und Numerius Negidius scheinen absichtlich vermieden. Der unzweifelhafte Sinn würde am sichersten bezeichnet seyn durch utrique oder alterutri, da nach Umständen bald dem Einen das Ganze, bald Jedem ein Theil zuzusprechen ist.

(b) *L.* 1 *pr. uti poss.* (43. 16). „Uti... possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.“ — *L.* 1 *pr. de utrubi* (43. 31). „Utrubi hic homo... fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.“

Klagen gewöhnlichen Verschiedenheit eines Klägers und eines Beklagten.

II. Widerklage. (c).

Wenn auf eine angestellte Klage der Beklagte vor demselben Richter und gegen denselben Kläger eine Klage vorbringt, so führt diese zweite Klage den Namen Widerklage, vorausgesetzt, daß sie in irgend eine Verbindung mit der ersten Klage gesetzt wird (d).

Diese Verbindung kann eine zweifache seyn:

1. Sie kann zuweilen lediglich darauf ausgehen, daß dadurch der erste Kläger genöthigt wird, sich vor demselben Richter verklagen zu lassen, welchem er außerdem nicht unterworfen gewesen wäre (uneigentliche Widerklage). Dieser Fall steht mit unsrer Aufgabe

(c) Vgl. überhaupt Linde Lehrbuch § 95. 211.

(d) Völlig verschieden also von dem hier allein in Betracht kommenden Fall sind alle die Fälle, in welchen zwischen denselben Parteien vor demselben Richter gleichzeitig mehrere Prozesse ohne Verbindung mit einander verhandelt werden, welches eben sowohl vor demselben Römischen Juder vorkommen konnte, als es jetzt vor demselben Gerichtshof vorkommt. In diesen mehreren Prozessen kann dieselbe Person Kläger seyn (*L.* 18 *de except.* 44. 1), die Parteien können aber auch in entgegengesetzten Parteirollen auftreten (*L.* 18 *pr. mand.* 17. 1, *L.* 18 *pr. de compens.* 16. 2, *L.* 1 § 4 *quae sent.* 49. 8), ohne daß deshalb der Fall einer Widerklage entsteht. Daher ist der Ausdruck mutua petitio, der in den Fällen dieser zweiten Art gebraucht wird, ja selbst bei der bloßen Einrede der Compensation (*L.* 6 *C. de comp.* 4. 31, *L.* 1 *C. rer. amot.* 5. 21) vorkommt, keine sichere Bezeichnung der Widerklage, wofür überhaupt die Römer keinen Kunstausdruck haben. Reconventio kommt in keiner ächten Stelle vor (*L.* 5 *C. de fruct.* 7. 51 ist restituirt), und ist erst durch das canonische Recht eingeführt.

in gar keiner Berührung; er kommt übrigens auch schon im Römischen Recht vor (e).

2. Sie kann aber auch tiefer eingreifen, indem zugleich beide Klagen neben einander verhandelt und durch ein gemeinsames Urtheil entschieden werden (simultaneus processus von den Neueren genannt). Dieser Fall gehört insofern zu unsrer Untersuchung, als dadurch der Inhalt des Urtheils bestimmt wird, und zwar auf solche Weise, daß scheinbar der Kläger verurtheilt werden kann, welches nach der oben aufgestellten Regel nicht sollte geschehen können.

Auch dieser Fall kam im Römischen Recht vor, und selbst zur Zeit des alten Formularprozesses. Es fragt sich nur, wie es möglich war, zwei verschiedene Prozesse in eine und dieselbe Formel zu fassen.

Dieses war allerdings möglich, aber nur unter folgender Voraussetzung: Die Widerklage mußte auf einer Gegenforderung aus demselben Rechtsgeschäft beruhen, welches nur bei den bonae fidei actiones vorkam. Wenn also gegen eine actio emti der Beklagte die actio venditi aus demselben Vertrag vorbringen wollte, oder bei einer actio pro socio die gleichnamige Klage, oder bei

(e) *L.* 22 *de jud.* (5. 1.) — War die erste Klage eine *extraordinaria*, so wurde dadurch auch die Widerklage vor den Präses ohne Iudex gezogen. *L.* 1 § 15 *de contr. cogn.* (50. 13.) — Wenn dagegen die erste Klage vor eine Municipalobrigkeit, die nur über eine beschränkte Summe richten durfte, gebracht war, so wurde dadurch diese Obrigkeit für die Widerklage von höherer Summe nicht kompetent. *L.* 11 § 1 *de jurisd.* (2. 1).

einer actio commodati directa die contraria, dann war eine Widerklage mit derſelben Formel, und durch daſſelbe Urtheil, wie die Hauptklage, zu beendigen möglich: in allen anderen Fällen, alſo bei allen Klagen aus nicht verwandten Entſtehungsgründen, war Dieſes unmöglich. Um aber doch auch in ſolchen Fällen dem praktiſchen Bedürfniß zu genügen, welches wir durch unſere Widerklage befriedigen, wurde die Sache ſo behandelt, daß beide verſchiedene Klagen gleichzeitig an denſelben Juder gewieſen wurden. Zugleich aber hatten kaiſerliche Conſtitutionen für dieſen Fall beſonders verordnet, daß aus dem zuerſt geſprochenen Urtheil Nichts gefordert werden könne, bevor auch über die gegenſeitige Klage entſchieden ſeyn würde (f).

Die Formel für die wahre Verbindung zweier verwandter Klagen wurde nun ohne Zweifel ſo gefaßt. Eine demonstratio bezeichnete das vorliegende Rechtsgeſchäft im Allgemeinen. Darauf folgte die intentio, etwa in dieſen Worten:

> Quidquid ob eam rem *alterum alteri* dare facere oportet ex fide bona, judex condemna (g).

(f) *L.* 1 § 4 *quae sent.* (49. 8). Dieſe etwas künſtliche Behandlung der Fälle ſolcher Art iſt der ſicherſte Beweis, daß eine eigentliche Widerklage in unſrem Sinn, bei nichtverwandten gegenſeitigen Forderungen, im Römiſchen Formularprozeß für unmöglich gehalten wurde.

(g) Unverkennbare Anſpielungen auf dieſe Formel und Vorausſetzungen ihres wirklichen Gebrauchs finden ſich in folgenden Stellen: Gajus III. § 137 (von den obligationes, quae *consensu* contrahuntur): „Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, *quod alterum alteri ex*

Genau in derſelben Weiſe wird nun auch bei der oben erwähnten duplex actio die Formel gelautet haben, denn auch die Theilungsklagen waren bonae fidei (h). Der Unterſchied mag alſo wohl der geweſen ſeyn, daß bei der duplex actio jene Formel allgemein ſo gefaßt wurde, bei den Widerklagen aber nur, wenn der Beklagte beſonders um eine ſo gefaßte Formel bat, da es von ſeinem freien Willen abhing, ob er eine Widerklage vorbringen wollte (i).

bono et aequo praestare oportet." — Cicero top. C. 17. Er rühmt hier den Einfluß der Juriſten, die beſonders bei den Klagen ex fide bona, ut inter bonos, quid aequius melius Rath geben müſſen. „Illi enim dolum malum, illi fidem bonam, .. illi quid .. *alterum alteri praestare oporteret* .. tradiderunt."— Cicero de off. III. 17. Er ſagt von den bonae fidei judiciis: „in his magni esse judicis statuere (praesertim cum in plerisque essent judicia contraria) *quid quemque cuique praestare oporteret.*" Alle dieſe Rathſchläge und Ausſprüche konnten ja nie zur Anwendung kommen, wenn nicht Formeln aufgeſtellt waren, die den Juder berechtigten und verpflichteten, über ſolche gegenſeitige Anſprüche wirklich zu entſcheiden.

(h) § 28 *J. de act.* (4. 6).

(i) Gajus ſagt in *L.* 18 § 4 *comm.* (13. 6), die contraria commodati actio ſey gewöhnlich nicht nöthig, weil man den Gegenſtand derſelben als Compenſation gegen die directa actio des Gegners geltend machen könne. Er fügt aber hinzu, es gebe dennoch Fälle, worin man jene Klage nicht entbehren könne; namentlich, wenn die directa actio wegen des zufälligen Untergangs der Sache oder wegen der freiwilligen Rückgabe gar nicht angeſtellt werde. An die Spitze dieſer Fälle der unentbehrlichen contraria actio ſtellt er folgenden: „Sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat ... dicemus, necessariam esse contrariam actionem." Das könnte man ſo verſtehen, als ob zur Zeit des Gajus eine Widerklage noch gar nicht möglich geweſen wäre, alſo deswegen eine die Hauptforderung überſteigende Gegenforderung niemals in dem Hauptprozeß hätte verfolgt werden können. Allein jene Worte erklären ſich eben ſo gut von einem Fall, worin nur Anfangs der erſte Beklagte die Höhe

Der Erfolg war am Ende des Rechtsstreits ganz derselbe: die Möglichkeit einer Verurtheilung nach beiden Seiten hin.

Nach dem Untergang des Formularprozesses machte sich insofern die Sache einfacher und leichter, als die Fassung der Formel nicht mehr ein beschränkendes Hinderniß abgab. Das ganze Verhältniß war nunmehr demjenigen ähnlich, welches wir in unsrem heutigen Prozeß kennen. Die Widerklage war nun in größerer Ausdehnung möglich, als früher, so daß sie angebracht werden konnte, ohne Rücksicht darauf, ob sie mit der Hauptklage einen gemeinsamen Entstehungsgrund hatte, oder nicht. Das aber wurde gewiß immer gefordert, daß der Beklagte, der die Widerklage in denselben Prozeß bringen wollte, darauf gleich Anfangs antragen mußte.

Justinian gab der Widerklage eine sehr eigenthümliche Wendung, die in die neuere Praxis niemals Eingang gefunden hat. Er behandelte die Widerklage vor demselben Gericht nicht blos als ein Recht, sondern auch als eine Verpflichtung des Beklagten. Gefalle ihm dieser Richter nicht, so könne er bewirken, daß beide Klagen gemeinschaftlich vor einem anderen Richter (dem competenten Richter des Gegners) verhandelt würden. Unterlasse er

der Gegenforderung nicht übersah, und es deswegen unterließ, eine Formel zu begehren, wie die oben im Text angegebene. — Welche Änderung gerade hierin zur Zeit von Papinian eingetreten zu seyn scheint, davon wird sogleich weiter die Rede seyn. (§ 299).

Beides, so müsse er seine gegenseitige Klage so lange gänzlich ruhen lassen, bis die gegen ihn angestellte zu Ende gebracht sey (k).

Es ist nöthig, vor jeder weiteren Erörterung den Zusammenhang der Widerklage mit der Compensation in's Auge zu fassen, indem diese einen ähnlichen, wenngleich nicht völlig gleichmäßigen, Entwicklungsgang gehabt hat, wie er so eben bei der Widerklage bemerkt worden ist. Dieselben Thatsachen können, bei einem Vertrag der oben bemerkten Art, sowohl zu einer Compensation, als zu einer Widerklage Veranlassung geben. Die Compensation reicht aus, wenn die Gegenforderung nicht weiter geht, als den Gegenstand der Hauptklage ganz oder theilweise durch Aufrechnung zu beseitigen. Geht sie auf eine höhere Summe als die der Hauptklage, so ist eine Widerklage nöthig, und wird auch diese versäumt, so kann die Gegenforderung nur durch eine abgesonderte neue Klage geltend gemacht werden (Note h). Zur Zeit des Gajus stand nun die Sache so, daß die Widerklage, wie die Compensation, auf Gegenforderungen aus demselben Rechtsgeschäft beschränkt war (l). Marc Aurel erweiterte den Gebrauch der Compensation dahin, daß sie vermittelst einer doli exceptio auch gegen jede Condiction vorgebracht werden konnte, also nun ohne

(k) Nov. 96 C. 2.

(l) Gajus IV. § 61: „ex eadem causa," und zwar als ein eigenthümliches Rechtsinstitut bei den bonae fidei actiones. — Die besonderen Fälle des Argentarius und des bonorum emtor im älteren Recht können hier natürlich nicht in Betracht kommen. Vgl. Gajus IV. § 64 sq.

Rückſicht auf die gemeinſchaftliche Entſtehung beider Forderungen (m). Dieſe Erweiterung der Compenſation trat alſo weit früher ein, als die ſo eben erwähnte gleichartige Erweiterung der Widerklage, welche erſt ſeit der Abſchaffung des Formularprozeſſes angenommen werden kann. Der Grund dieſes chronologiſchen Unterſchiedes aber iſt leicht einzuſehen. Die Erweiterung der Compenſation vermittelſt einer ohnehin längſt bekannten Einrede konnte vorgehen, ohne irgend eine in der Form des Verfahrens begründete Schwierigkeit; die gleichartige Erweiterung der Widerklage war kaum möglich, ſo lange zwei völlig verſchiedene gegenſeitige Klagen in eine und dieſelbe formula hätten zuſammen gefaßt werden müſſen. Trat daher ein Fall ſolcher Art ein, ſo blieb Nichts übrig, als zwiſchen denſelben Perſonen zwei mutuae actiones gleichzeitig und vor demſelben Juder zu geben (Note d. f.), wobei freilich die Wirkung nicht ſo verſchieden von der einer eigentlichen Widerklage war, als man glauben möchte.

Dieſe ganze, die Widerklage betreffende Unterſuchung iſt hier lediglich als Grundlage zur Beantwortung der Frage angeſtellt worden, ob durch die Folgen der Widerklage eine wahre Verurtheilung des Klägers, abweichend

(m) Der geſchichtliche Zuſammenhang dieſes Rechtsinſtituts iſt oben bei einer anderen Gelegenheit nachgewieſen worden B. 1 § 45 Note d.

von der im § 288 aufgestellten Regel, herbeigeführt werde. Die Antwort auf diese Frage kann nur eben so ausfallen, wie sie auf die gleichlautende Frage bei der duplex actio gegeben worden ist: dahin nämlich, daß auch bei der Widerklage die Verurtheilung des Klägers sich in bloßen Schein auflöst. Allerdings kann hier der ursprüngliche Kläger verurtheilt werden, aber wenn Dieses geschieht, so ist es nicht der Kläger, sondern der Beklagte, der in ihm verurtheilt wird, indem er in der That beide Eigenschaften in seiner Person vereinigt.

Das ganze Verhältniß der neben einer Klage vorkommenden Widerklage muß daher so aufgefaßt werden, als ob zwei Prozesse geführt, und zwei Urtheile gesprochen worden wären, bei welchen dieselben Personen, nur mit umgekehrten Parteirollen, auftreten. Der täuschende Schein, als ob ein Kläger verurtheilt werde, rührt blos von dem an sich zufälligen Umstande her, daß in diesem Fall beide Urtheile in eine einzige Urtheilsformel zusammengefaßt werden.

Dieses Verhältniß kann übrigens in den mannichfaltigsten Anwendungen vorkommen:

1. Gegen eine persönliche Klage kann sowohl eine persönliche Widerklage, als eine Widerklage in rem vorkommen.
2. Eben so gegen eine Klage in rem sowohl eine persönliche Widerklage, als eine Widerklage in rem (n).

(n) Inwiefern die ausschließende Natur eines forum rei sitae,

Es ergiebt sich aus dieser Untersuchung, daß weder die duplex actio, noch die Widerklage einen Grund darbietet, die aufgestellte Regel von der unmöglichen Verurtheilung des Klägers (§ 288) in Zweifel zu ziehen.

Es kommen jedoch einige besondere Anwendungen vor, in welchen es bezweifelt werden kann, ob die hier aufgestellten Grundsätze in unsren Rechtsquellen streng festgehalten worden sind, und ob wir damit völlig ausreichen, ohne ihnen einige mildernde Modificationen beizufügen. Diese sollen nunmehr einzeln geprüft werden.

§. 290.

Rechtskraft. I. Bedingungen. B. Inhalt des Urtheils als Grundlage der Rechtskraft. — Nicht: Verurtheilung des Klägers. (Fortsetzung.)

I. Große Zweifel hat von jeher eine Verordnung Justinian's vom J. 530. erregt, die auf den ersten Blick so aufgefaßt werden kann, als sollte dem Richter in allen Fällen gestattet seyn, auch den Kläger, wenn er ihn schuldig finde, zu verurtheilen. Bevor der Text dieser Stelle mitgetheilt und im Einzelnen erklärt wird, scheint mir folgende Einleitung nöthig.

Justinian geht aus von einem Ausspruch des Papi-

wenigstens bei Grundstücken, hierin eine Ausnahme begründet, die nach R. R. nicht anzunehmen, nach der gemeinrechtlichen Praxis sehr bestritten ist, gehört als reine Prozeßfrage nicht in den Kreis unsrer Untersuchung. Vgl. hierüber Glück B. 6 § 515. Linde Lehrbuch § 88. 90. Heffter Archiv für civil. Praxis B. 10. S. 215.

nian, der einen neuen Rechtsſatz aufgeſtellt zu haben ſcheint. Dieſer Rechtsſatz wird von dem Kaiſer nicht nur beſtätigt, ſondern auch für die Anwendung erweitert; worin dieſe Erweiterung beſteht, iſt klar genug angegeben. In der Hauptſache haben wir daher mit einem Ausſpruch von Papinian zu thun, der uns nicht wörtlich mitgetheilt iſt, und den wir alſo aus dem ſonſt bekannten Recht ſeiner Zeit zu erläutern und zu ergänzen haben werden, allerdings mit Rückſicht darauf, daß er wahrſcheinlich das beſtehende Recht frei behandeln und fortbilden wollte.

Augenſcheinlich iſt das allgemeine Verhältniß vorausgeſetzt, welches bei jeder Widerklage zum Grunde liegt; ſonſt könnte ja nicht von Verpflichtungen des Klägers und von einer Verurtheilung deſſelben die Rede ſeyn. Es wird aber nicht geſagt, daß der Beklagte eine Widerklage ausdrücklich angeſtellt habe; vielmehr ſcheint die Stelle voraus zu ſetzen, daß erſt im Laufe des Rechtsſtreits eine überſchießende Verpflichtung des Klägers klar geworden ſey.

Faſſen wir dieſe Umſtände zuſammen, ſo ergiebt ſich der folgende wahrſcheinliche Zuſammenhang. Papinian ſetzt nothwendig voraus den Fall von gegenſeitigen Anſprüchen aus Obligationen, und zwar aus ſolchen Obligationen, die ihren gemeinſamen Urſprung in einem bonae fidei Contracte haben; denn ohne dieſe Vorausſetzung war zu ſeiner Zeit, und ſo lange der Formularprozeß beſtand, ſelbſt eine ausdrückliche Widerklage ganz unmöglich (§ 289). Er denkt alſo nothwendig an gegenſeitige An-

ſprüche ex eadem causa, ex eodem negotio, und dieſe Vorausſetzung erhält eine nicht geringe Beſtätigung durch die Schlußworte: eum habere et contra se judicem *in eodem negotio*, non dedignetur (a).

War nun in einem ſolchen Fall die Widerklage gleich bei der Litiscontestation angebracht, und in Folge derſelben die Formel gegeben: quidquid *alterum alteri* dare facere oportet (§ 289), ſo verſtand ſich ſchon lange vor Papinian die Befugniß des Richters zur Verurtheilung des urſprünglichen Klägers (der zugleich Widerbeklagter war) ſo ſehr von ſelbſt, daß unmöglich die Anerkennung dieſer Befugniß als ein beſonderer und neuer Gedanke Papinian's angeſehen werden konnte.

Wenn dagegen Anfangs der Beklagte annahm, ſeine Gegenforderung werde der Hauptforderung nicht gleichkommen, in welchem Fall die Einrede der Compenſation ausreichte, wenn er deswegen jene Formel zu begehren verſäumte, und erſt während des Prozeſſes einſah, daß er mehr, als ſein Gegner, zu fordern habe, dann konnte noch zur Zeit des Gajus eine Verurtheilung des urſprünglichen Klägers nicht erfolgen, vielmehr mußte deshalb eine neue Klage angeſtellt werden. Papinian's neue Meinung ſcheint nun dahin gegangen zu ſeyn, auch in dieſem

(a) Ich betrachte alſo dieſe Worte als bedeutend nur in Verbindung mit den angeführten übrigen Gründen, und beſtreite nicht, daß ſie für ſich allein auch ſo verſtanden werden könnten: in demſelben Prozeſſe. Dieſe letzte Erklärung vertheidigt ausführlich Sartorius Widerklage S. 319. 323—329.

Fall die Verurtheilung des ersten Klägers zu gestatten, also eine stillschweigende Widerklage anzunehmen (b), vorausgesetzt, daß ohnehin der Magistratus, der den Juder gegeben hatte, für beide Parteien competent war.

Justinian bestätigte diesen Ausspruch, und erweiterte ihn noch dahin, daß Dasselbe gelten sollte, auch wenn der Richter für den ersten Kläger ursprünglich nicht competent war, sondern erst durch die (stillschweigende) Widerklage competent wurde.

Die Stelle selbst, deren Erklärung einstweilen vorausgeschickt worden ist, lautet nun so:

L. 14 *C. de sent. et interl.* (7. 45).

Imp. Justinianus A. Demostheni P. P.

Cum Papinianus, summi ingenii vir, in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum judicem de absolutione rei judicare (c), sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus (d), condemnare:

(b) Vgl. § 289 Note h, wo die entgegengesetzte Ansicht des Gajus ausführlich erörtert ist.

(c) judicare ist durch Handschriften und alte Ausgaben beglaubigt und nach dem Zusammenhang allein möglich. Der Text der Göttinger Ausgabe hat noch die sinnlose Lesart judicatae.

(d) d. h. „Wenn sich nun im Lauf der Verhandlungen ergiebt, daß der Beklagte aus diesem Geschäft Gegenforderungen hat, und zwar solche, die den Betrag der Hauptforderung übersteigen." Diese zufällige Wahrnehmung war bei Gegenforderungen aus demselben Geschäft, die bei der L. C. und in der Formel gar noch nicht erwähnt zu seyn brauchten, sehr wohl möglich, bei fremdartigen Gegenforderungen nicht. Waren aber diese schon Anfangs vorgebracht, so hatten sie die Natur einer ausdrücklichen Widerklage, an deren Zulässigkeit für alle Fälle, wenigstens in Justinian's Zeit, ohnehin nicht zu zweifeln war.

hujusmodi sententiam non solum roborandam (e), sed etiam augendam esse sancimus (f), ut liceat judici, vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare (g), nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur (h). Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem *in eodem negotio* (i), non dedignetur. 530.

Die hier verſuchte Erklärung der ſtreitigen Verordnung ſtimmt in ihrem Reſultat mit den Anſichten der meiſten älteren, und auch mehrerer neuerer Schriftſteller (k) überein;

(e) Wenn Juſtinian hier ſagt, daß er vor Allem den Ausſpruch des Papinian beſtätige, ſo folgt daraus, daß er gerade von dem Fall ſprechen will, der allein dem Papinian vor Augen ſtehen konnte.

(f) Dieſe Erweiterung könnte an ſich auf zweierlei Weiſe gedacht werden: als Anwendung auf andere Fälle, oder als Anwendung unabhängig von der richterlichen Competenz. Die Fälle erwähnt der folgende Theil der Stelle gar nicht, die Unabhängigkeit von der Competenz wird dagegen ausgeſprochen; daher kann in dieſer allein die neue Erweiterung enthalten ſeyn, woraus zugleich folgt, daß Papinian gerade hierin ſo weit nicht gehen wollte.

(g) An ſich geht jede Verurtheilung auf ein dare oder facere nach der allgemeinen Bedeutung dieſer Worte. Erwägt man aber, daß im Formularprozeß dare facere oportere der charakteriſtiſche Inhalt der intentio bei den perſönlichen Klagen war, und zugleich, daß der Geſetzgeber eine Stelle des Papinian vor Augen hatte, worin gewiß dieſe Worte in ihrem ächten, techniſchen Sinn gebraucht waren, ſo liegt in dieſen Worten eine Beſtätigung meiner Vorausſetzung, daß in der ganzen Stelle vor Allem nur von gegenſeitigen Obligationen die Rede iſt.

(h) In dieſen Worten liegt nun die neue Vorſchrift von Juſtinian, ſie erklären alſo die vorhergehenden Worte: sed etiam augendam esse.

(i) Vgl. über dieſe Worte die Note a.

(k) Zimmern Rechtsgeſchichte B. 3 S. 312. 313. Heffter Archiv für civil. Praxis B. 10 S. 212. 213.

Andere dagegen behaupten in größter Ausdehnung, daß nach dieser Stelle stets der Kläger verurtheilt werden könne, auch wenn die beiderseitigen Ansprüche nicht durch einen gemeinsamen Entstehungsgrund in Verbindung stehen sollten (l).

Ich fasse das Resultat dieser Erklärung kurz zusammen. Die unbeschränkte Ausdehnung, in welcher überhaupt Widerklagen ausdrücklich vorgebracht werden können, ist schon oben anerkannt worden (§ 289), und wird in der vorliegenden Verordnung nicht berührt. Dieselbe nimmt aber auch eine stillschweigende Widerklage, mit möglicher Verurtheilung des Klägers, an, wenn sich dessen höhere Gegenansprüche erst im Laufe des Rechtsstreits ergeben; Dieses jedoch nur in den Fällen, worin die Gegenansprüche auf demselben Rechtsgeschäft, wie die Hauptklage, beruhen.

Es fragt sich nun, ob diese eigenthümliche Bestimmung auch für das heutige Prozeßrecht anzuerkennen ist. Ich glaube, Dieses bestimmt verneinen zu müssen, und zwar nach der Analogie der von dem jüngsten Reichsabschied gegebenen strengen Vorschrift über die Einreden. Denn wenn schon die Einreden, die nicht bei der ersten Einlassung

(l) Sartorius Widerklage S. 43—59. 319. 323—329. Obgleich derselbe in der Erklärung der hier besprochenen Gesetzstelle völlig von mir abweicht, so kann ich ihn doch im letzten Resultat nicht eigentlich als Gegner anerkennen. Er behauptet nämlich, wenn ich ihn recht verstehe, die unbeschränkte Anwendung einer ausdrücklich vorgebrachten Widerklage, und damit bin ich für die Zeit von Justinian, wie für den heutigen Prozeß, völlig einverstanden. Ich halte seine Ansicht nur darin für irrig, daß er hierauf die Stelle *L.* 14 *C. de sent.* bezieht, die ich von einer stillschweigenden, jedoch nur in sehr beschränkter Weise zuzulassenden, Widerklage verstehe.

vorgebracht werden, für dieſe Inſtanz verloren ſeyn ſollen, ſo muß Dieſes um ſo mehr für eine Widerklage gelten, die der Beklagte als Widerklage bei der erſten Einlaſſung vorzubringen unterläßt. Wenngleich vielleicht der Grund, woraus ſpäterhin die Widerklage abgeleitet werden ſoll, zum Zweck einer Exception wirklich vorgebracht worden iſt, ſo iſt es doch für die Ordnung des Prozeſſes und für das Vertheidigungsſyſtem des Klägers von großer Wichtigkeit, daß der Beklagte die Abſicht einer Widerklage, wenn er dieſe gebrauchen will, gleich Anfangs beſtimmt ausſpreche.

Die Richtigkeit dieſer Behauptung wird auch durch einen weit älteren Ausſpruch des canoniſchen Rechts beſtätigt. Wenn nämlich gegen irgend eine Klage die Einwendung einer Spoliation vorgebracht wird, ſo kann Dieſes in einem zweifachen Sinn geſchehen: als bloße Einrede und als Widerklage. Nun verordnet P. Innocenz III., daß im erſten Fall höchſtens die Klage ausgeſchloſſen ſeyn, im zweiten auch der Kläger verurtheilt werden könne (m). Darin liegt die deutlich ausgeſprochene Vorſchrift, daß eine von dem Beklagten vorgebrachte Thatſache nicht hinterher zum Zweck einer Widerklage verwendet werden könne, daß ſie vielmehr, um als Widerklage zu wirken, gleich Anfangs zu dieſem Zweck aufgeſtellt werden müſſe.

Nach dem hier aufgeſtellten Reſultat verſchwindet auch jeder Schein eines Zweifels, der aus der hier erörterten

(m) *C. 2 X. de ord. cogn.* (2. 10).

Verordnung Justinian's gegen die Allgemeinheit der Regel hergeleitet werden könnte, nach welcher der Kläger als solcher niemals soll verurtheilt werden können (n).

II. Von der Eigenthumsklage ist oben (§ 288) nachgewiesen worden, daß sie nur zu einem zweifachen Ausgang führen kann: zur Verurtheilung des Beklagten, d. h. zur Anerkennung des Eigenthums in der Person des Klägers; zur Freisprechung des Beklagten, welche zwar nicht immer, aber doch in den meisten Fällen, den Ausspruch, daß der Kläger nicht Eigenthümer sey, in sich schließen wird. Ein dritter Fall, nämlich die unmittelbar ausgesprochene Anerkennung des Eigenthums in der Person des Beklagten, also die Verurtheilung des Klägers, ist selbst dann nicht zulässig, wenn der Beklagte den Richter von seinem Eigenthum wirklich überzeugt, und eben dadurch die Abweisung des Klägers bewirkt hat.

Dieser letzte Satz, in so nothwendigem Zusammenhang er mit der ganzen Reihe der hier aufgestellten Rechtsregeln steht, kann jedoch nach Umständen sehr unbillige Folgen und eine Gefährdung des wirklichen Rechts hervorrufen. Wenn es dem Beklagten gelingt, jetzt den vollständigsten Beweis seines Eigenthums zu führen, so können doch diese Beweise späterhin verloren gehen, die Zeugen insbesondere können sterben. Kommt nun in irgend einer späteren Zeit

(n) Vgl. den Schluß des § 288.

der Beſitz der Sache durch Zufall an den gegenwärtig abgewieſenen Kläger, ſo würde es für den Beklagten von großem Werth ſeyn, wenn er, oder ſein Erbe, ſich alsdann auf ein rechtskräftig ausgeſprochenes Anerkenntniß des Eigenthums ſtützen könnte, da ein ſolches nach verlornen Beweiſen vielleicht nicht mehr zu erlangen ſeyn würde. Es fragt ſich, wie dieſer an ſich gerechte und billige Zweck etwa erreicht werden könnte.

Man möchte vielleicht glauben, der Beklagte könnte mit ſeiner Vertheidigung gegen die Eigenthumsklage des Klägers eine umgekehrte Eigenthumsklage (als Widerklage) anſtellen, die dann eine Verurtheilung ſeines Gegners zur Folge haben würde. Dieſes iſt jedoch deswegen unmöglich, weil er Beſitzer iſt, die Eigenthumsklage aber nur von dem Nichtbeſitzer gegen den Beſitzer angeſtellt werden kann (o).

Dagegen liegt die wahre und conſequente Befriedigung jenes praktiſchen Bedürfniſſes in der Rechtskraft der Gründe des Urtheils, die weiter unten (§ 291) nachgewieſen werden wird. Wenn nämlich in dem oben vorausgeſetzten Fall der Beklagte die Abweiſung der Eigenthumsklage dadurch zu bewirken ſucht, daß er ſein Eigenthum behauptet, wenn über dieſe Behauptung verhandelt, der Richter aber von der Richtigkeit derſelben überzeugt, und durch dieſen Grund zur Freiſprechung beſtimmt wird, ſo bleibt es zwar auch dann der Form nach bei einer bloßen Freiſprechung, die

(o) § 2 *J. de act.* (4. 6), *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1).

nicht die Gestalt einer Verurtheilung des Klägers annehmen kann. Da aber die Gründe des Urtheils rechtskräftig werden, so wird durch die Rechtskraft dieses Grundes der Freisprechung dem gegenwärtigen Beklagten für jeden künftigen Rechtsstreit, auch wenn er darin als Kläger auftreten sollte, derselbe praktische Vortheil verschafft, wie wenn er jetzt eine Verurtheilung seines Gegners bewirkt hätte.

III. Auf die Erbrechtsklage ist alles Dasjenige anwendbar, welches so eben für die Eigenthumsklage bemerkt worden ist. Wenn also der Intestaterbe die Erbrechtsklage gegen den Besitzer der Erbschaft anstellt der aus einem Testament Erbe zu seyn behauptet, wenn der Richter die Gültigkeit des Testaments anerkennt, und aus diesem Grunde den Beklagten freispricht, so wird dieser Grund rechtskräftig, und der Freigesprochene kann davon in jedem künftigen Rechtsstreite auch als Kläger Gebrauch machen.

Außerdem aber kann bei der Erbrechtsklage auch noch ein Fall eintreten, welcher bei der Eigenthumsklage nicht möglich ist. Es kann hier die Lage des Rechtsstreits dahin führen, daß für die positive Anerkennung des dem Beklagten zustehenden Rechts nicht blos indirect (durch die Rechtskraft der Urtheilsgründe), sondern unmittelbar durch den richterlichen Ausspruch selbst vollständig gesorgt wird. Wenn nämlich zwei Personen auf die ganze Erbschaft Anspruch machen, und jede derselben einzelne Erbschaftssachen besitzt, so kann Jeder gegen den Andern die Erb-

schaftsklage auf das Ganze anstellen, und in Folge dieser Klage als Erbe des ganzen Vermögens in dem Urtheil anerkannt werden, wodurch ihm dieses Erbrecht für alle Zukunft rechtskräftig festgestellt ist (p).

Dieses kann unter andern auf die Weise geschehen, daß zuerst der Eine die Klage anstellt, und dann der Andere die gleichnamige Klage als Widerklage vorbringt. In diesem Fall kann das Urtheil entweder dem Kläger, oder dem Widerkläger das ganze Erbrecht zusprechen, es kann aber auch Beide mit ihren Klagen abweisen. So ist also hier, vermittelst der Widerklage, ein Urtheil möglich, das in dem ursprünglichen Beklagten das Erbrecht geradezu positiv anerkennt, welche Möglichkeit oben bei der Eigenthumsklage verneint werden mußte (q).

Der Grund dieses Unterschieds zwischen beiden Klagen liegt darin, daß das Erbrecht nur an dem ganzen Vermögen oder an einem aliquoten Theil des Vermögens vor-

(p) *L.* 15 *de exc. r. j.* (44. 2). Vgl. oben § 288. a.

(q) Man könnte glauben, derselbe Fall könnte eintreten, wenn Gajus ein abgegränztes Stück eines Landguts besäße, Sejus den abgegränzten übrigen Theil des Landguts, Jeder aber Eigenthum des Ganzen behauptete. Hier kann jedoch Jeder gegen den Andern die Eigenthumsklage nur auf das von ihm selbst nicht besessene Stück anstellen, und das Urtheil entscheidet blos über das Eigenthum an diesem Stück, so daß also zwei von einander unabhängige Urtheile gesprochen werden, jedes über einen anderen Gegenstand. — Ganz eben so verhält es sich, wenn Jeder die ideale Hälfte des Landguts besitzt. Nun hat Jeder eine partis vindicatio, und es werden wieder zwei unabhängige Urtheile über juristisch verschiedene Gegenstände gesprochen. — In beiden Fällen macht es auch keinen Unterschied, wenn etwa beide Klagen als Klage und Widerklage verbunden seyn sollten.

kommen kann, die Gebrechtsklage aber, und zwar auf das ganze Vermögen, auch schon durch den Besitz eines einzelnen Vermögensstücks in der Person des Beklagten begründet wird, vorausgesetzt, daß der Beklagte pro herede oder pro possessore besitzt.

IV. Die Negatorienklage verdient hier noch eine besondere Erwägung. Bekanntlich hat diese Klage die eigenthümliche Natur, daß der Beklagte nur, indem er den Beweis der Servitut führt, die Abweisung des Klägers bewirken kann. Wollten wir nun den Grundsatz einer blos negativen Wirkung der Freisprechung auch hier streng anwenden, so müßte der Beklagte aus dem abweisenden Urtheil keine positive Anerkennung seiner Servitut ableiten können. Wenn er also später auch dem Besitz der Servitut käme, und deshalb confessorisch klagte, so müßte er von Neuem den Beweis führen, ohne sich auf das frühere rechtskräftige Urtheil berufen zu können. Das wäre in diesem Fall besonders hart, da er in dem früheren Prozeß den Beweis der Servitut nicht willkührlich übernommen hat (wie es auch bei der Eigenthumsklage geschehen kann), sondern weil er ihn nach allgemeinen Rechtsregeln übernehmen mußte.

Hier ist nun dem Beklagten auf dieselbe indirecte Weise, wie bei den beiden vorher erwähnten Klagen, zu helfen, durch die Rechtskraft der Gründe. Außerdem aber kann er sich auch eine unmittelbare Anerkennung seines Rechts durch

den richterlichen Ausspruch selbst verschaffen, und zwar nicht blos, wie es so eben bei der Erbrechtsklage nachgewiesen worden ist, in Folge einer zufälligen Lage des Rechtsstreits, sondern in allen Fällen überhaupt. Er kann nämlich gleich im Anfang des Rechtsstreits die confessorische Klage als Widerklage vorbringen. Dann muß der Richter, der sich von dem Daseyn der Servitut überzeugt, den Kläger (als Widerbeklagten) zur Anerkennung der Servitut verurtheilen.

Sogar kann diese günstige Stellung des Beklagten in der Negatorienklage schon aus der Römischen Formel der Negatorienklage gerechtfertigt werden. Diese lautet so: Si paret, Negidio jus non esse etc. Weiset nun der Richter diese Klage ab, so spricht er aus: Non videtur Negidio jus non esse etc. Dieses ist aber völlig gleichbedeutend mit dem Ausspruch: Negidio jus esse etc.

§. 291.

Genauere Bestimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe.

Die bisher durchgeführte Untersuchung über den Inhalt des Urtheils (die Verurtheilung und Freisprechung) bildet zwar die sichere und unentbehrliche Grundlage für die Lehre von der Rechtskraft, ist aber dafür keineswegs ausreichend; vielmehr ist es nöthig, nun noch auf genauere Bestimmungen des Inhalts einzugehen, weil nur auf

diesem Wege eine erschöpfende Einsicht in das Wesen der Rechtskraft gewonnen werden kann.

Seit alter Zeit kehrt bei vielen Schriftstellern der Satz wieder: die Rechtskraft beziehe sich nur auf das Urtheil selbst, nicht auf die Urtheilsgründe, und man sucht diesen Satz noch schärfer durch den Ausdruck zu bezeichnen, daß nur der Tenor oder das Dispositive im Urtheil rechtskräftig werde.

Bevor die unklaren Begriffe und die Mißverständnisse dargelegt werden, in welchen die Vertheidiger dieses Satzes befangen zu seyn pflegen, ist es nöthig, auf eine zweifache Beziehung aufmerksam zu machen, die in diesem Satz (wie viel oder wenig Wahrheit er in sich schließen möge) anerkannt werden muß. Die erste, durch den Ausdruck der Rechtskraft selbst unmittelbar angedeutete Beziehung ist die auf die Zukunft, indem jener Satz zunächst den Sinn hat, daß aus den Gründen keine Fiction der Wahrheit abgeleitet werden dürfe. Die zweite, damit zusammenhangende, obgleich an sich verschiedene Beziehung ist die auf den gegenwärtigen Rechtsstreit selbst, indem jener Satz dahin führt, daß gegen die Urtheilsgründe (eben weil sie ohnehin nicht rechtskräftig werden) ein Rechtsmittel nicht nöthig, ja nicht einmal zulässig, also auch der Richter höherer Instanz darüber nicht competent sey. In dieser zweiten Beziehung also kann man sagen: So weit, als der Inhalt des Urtheils rechtskräftig wird, ist es möglich und nöthig, diese Rechtskraft durch Berufung an den höheren Richter

zu hindern. Was daher in Folge der gegenwärtigen Untersuchung über die Rechtskraft der Gründe als wahr erkannt werden wird, muß eben so auch auf die Möglichkeit und Nothwendigkeit einer Berufung gegen die Gründe bezogen werden.

In dem Satz selbst aber, dessen Wahrheit nunmehr zu prüfen ist, werden zwei an sich ganz verschiedene Behauptungen häufig zusammengeworfen, deren wahre Bedeutung sich auf folgende zwei Fragen zurückführen läßt.

I. Was ist in dem Gedanken des urtheilenden Richters wahrhaft enthalten, was wird also durch den Ausspruch dieses Gedankens zur Rechtskraft, d. h. zur Fiction der Wahrheit erhoben?

Der Zusammenhang der so gefaßten Frage mit dem oben aufgestellten Satze wird durch folgende Erläuterung anschaulich werden. Wenn in dem vollständigen Gedanken des Richters das logische Verhältniß von Grund und Folge enthalten ist (und Dieses wird sich meistens darin finden), müssen wir dann auch einem solchen Grunde die Rechtskraft zuschreiben, oder vielmehr nur dem aus diesem Grunde abgeleiteten Ausspruch selbst?

II. Aus welchen Quellen haben wir den wahrhaften Inhalt des richterlichen Gedankens zu erkennen? wo haben wir denselben aufzusuchen?

Um den Zusammenhang dieser zweiten Frage mit dem oben aufgestellten Satze anschaulich zu machen, muß daran erinnert werden, daß es seit Jahrhunderten in vielen

Gerichtshöfen üblich ist, neben jedem ausgesprochenen Urtheil eine ausführliche Rechtfertigung desselben aufzustellen, die den Namen führt: Urtheilsgründe, oder auch: Zweifels- und Entscheidungsgründe. Der Sinn der eben aufgeworfenen zweiten Frage geht also dahin, ob wir Dasjenige, welches rechtskräftig werden soll, blos in dem einen jener zwei Schriftstücke (dem Tenor) aufzusuchen haben, oder in beiden; mit anderen Worten: ob auch die Urtheilsgründe rechtskräftig werden.

Es ist einleuchtend, daß beide aufgestellte Fragen an sich ganz verschieden sind, und daß in beiden der Ausdruck: Gründe, nach deren Rechtskraft man fragt, eine verschiedene Bedeutung hat. Die erste Frage geht in das Wesen der Sache ein, und muß unter allen Umständen beantwortet werden. Die zweite Frage hat eine mehr formelle Natur, und kann nur vorkommen unter Voraussetzung einer besondern Einrichtung der geschriebenen Urtheile, die ganz zufällig, und nichts weniger als allgemein ist. Der Verschiedenheit dieser beiden Fragen aber pflegen sich die Schriftsteller oft gar nicht bewußt zu werden, welche die Rechtskraft der Gründe in Frage stellen, verneinen oder bejahen; sie verfahren dabei so, als wäre in dieser ganzen Sache nur eine einzige Frage zu beantworten. Allerdings beschäftigen sie sich meist scheinbar nur mit der zweiten Frage, aber diese hat selbst nur Werth und Wichtigkeit, insofern die erste Frage unvermerkt in dieselbe hinein spielt.

Ich will nunmehr die Beantwortung der ersten Frage versuchen, die ich nochmals so ausdrücke:

Was ist es, das durch den Ausspruch des richterlichen Gedankens zur Rechtskraft erhoben wird?

Ich will damit anfangen, mich versuchsweise auf die Seite Derer zu stellen, die alle Rechtskraft der Gründe völlig verneinen, und also durch die äußerste Abstraction aus dem Urtheil jeden Schein eines ausgesprochenen Grundes zu entfernen suchen.

Hiernach würde etwa die Verurtheilung so lauten können:

daß der Beklagte dem Kläger eine bestimmte Sache heraus zu geben, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen schuldig sey (a);

Die Freisprechung aber so:

daß Kläger mit der erhobenen Klage abzuweisen sey.

In diesen beiden Formeln dürfte wohl jede Spur eines Grundes vertilgt seyn.

Wenn aber überhaupt die Rechtskraft anerkannt werden soll, so wie oben ihre Unentbehrlichkeit dargethan worden ist, muß ich die in jener Abstraction liegende Einschränkung für völlig unausführbar und verwerflich halten.

Dieses soll nunmehr nach zwei Seiten hin dargethan werden:

(a) Schon wenn die Verurtheilung so lautet: „daß Beklagter die geliehene Summe von Hundert zurück zu zahlen schuldig," ist ein Grund der Entscheidung (die Darlehns-Obligation) in dem Urtheil ausgedrückt.

Erstlich mit Hinsicht auf die künftige Wirkung der Rechtskraft;

Zweitens mit Hinsicht auf die Natur des Rechtsstreits und die Aufgabe des Richteramtes.

Was zuerst die künftige Wirkung der Rechtskraft betrifft, so besteht diese darin, daß der Inhalt des rechtskräftigen Urtheils als wahr behandelt werden soll in jedem künftigen Rechtsstreit, in welchem dieselbe Rechtsfrage, wie in dem gegenwärtigen Urtheil, vorkommt, der also mit dem jetzt entschiedenen Rechtsstreit hierin identisch ist (b). Daß aber diese Identität, worauf alle Anwendung der Rechtskraft beruht, durch jene abstracte Einschränkung völlig unerkennbar wird, geht aus folgender Betrachtung hervor.

Die Bedingungen jeder Verurtheilung, so wie jeder Freisprechung, können eine sehr zusammengesetzte Natur haben.

Bei der Eigenthumsklage sind stets die positiven Bedingungen des Klagrechts: 1. Eigenthum des Klägers, 2. Besitz des Beklagten. Es können ferner mancherlei Einreden entgegengesetzt seyn, z. B. a. aus einem Vergleich über diesen Rechtsstreit, b. aus einem Vertrag über diese

(b) Der hier aufgestellte Satz mußte einstweilen aus der später folgenden Darstellung erborgt werden, worin er erst volles Licht und Begründung erhalten kann.

Sache (etwa Miethcontract), c. die exceptio hypothecaria.

Bei der Erbrechtsklage hat das Klagrecht folgende Bedingungen: 1. Erbrecht des Klägers, 2. Besitz des Beklagten an bestimmten Sachen, und zwar mit der besonderen Beschaffenheit einer pro herede oder pro possessore possessio, 3. Eigenschaft der besessenen Sachen als Bestandtheile der Erbschaft. Es können ihr mancherlei Einreden entgegen stehen, z. B. a. Klagverjährung, b. Vergleich.

Eine persönliche Klage setzt stets als Bedingung des Klagrechts voraus die Begründung der Obligation. Es kann ihr unter andern entgegen gesetzt werden die Einrede der Compensation; desgleichen die Einrede der Zahlung.

Bei allen diesen Klagen nun gehört zur Verurtheilung die Überzeugung des Richters von der Richtigkeit aller Bedingungen des Klagrechts, und zugleich von der Unrichtigkeit aller etwa vorgebrachten Einreden.

Zur Freisprechung dagegen genügt die Überzeugung von der Unrichtigkeit einer einzigen Bedingung des Klagrechts; eben so aber auch die Überzeugung von der Richtigkeit auch nur einer einzigen Einrede. Es bleibt also bei der oben angegebenen abstracten Formel der Freisprechung, die sich auf die Abweisung des Klägers beschränkt, völlig ungewiß, was der Richter dabei gedacht hat. Er kann (in dem beispielsweise angeführten Fall der Eigenthumsklage) angenommen haben, das Eigenthum, oder der Besitz sey nicht

vorhanden; oder aber, der Vergleich, oder der Miethvertrag, oder das Pfandrecht sey vorhanden. Er kann ferner ein einziges unter diesen fünf denkbaren Hindernissen des Klägers als wahr angenommen haben, oder einige derselben, oder alle. Jede dieser Möglichkeiten rechtfertigt das freisprechende Urtheil vollkommen. Daher ist es unmöglich, bei einem künftigen verwandten Rechtsstreit von der Rechtskraft jenes Urtheils Gebrauch zu machen, so lange wir Nichts wissen, als daß damals der Kläger abgewiesen worden ist. Jede vom Richter ausgesprochene Verneinung nämlich wird rechtskräftig; um aber diesen Satz anwenden zu können, müssen wir vor Allem wissen, was er verneint hat. — Wir müssen also durchaus tiefer in den Sinn jenes Urtheils eindringen, sonst ist künftig jede sichere Anwendung der Rechtskraft ganz unmöglich.

Bei dem verurtheilenden Erkenntniß findet sich, wenn auch in geringerem Grade, dennoch dieselbe Schwierigkeit. Die Ungewißheit ist dabei geringer, weil wir bestimmt wissen, daß der Richter alle Bedingungen der Klage als vorhanden, alle Einreden als unbegründet angesehen haben muß (c). Aber auch hier kommen Ungewißheiten vor, die durch den bloßen Ausspruch der Verurtheilung nicht gehoben werden können. Wenn z. B. bei einer persönlichen Klage verurtheilt wird mit Verwerfung

(c) Überhaupt ist die Benutzung einer rechtskräftigen Verurtheilung bei künftigen Prozessen ungleich seltner, als die der Freisprechung, wie denn auch die actio judicati praktisch unwichtiger und von seltnerer Anwendung ist, als die exceptio rei judicatae.

der Einrede der Compensation, so kann Dieses geschehen seyn entweder, weil der Richter überzeugt war, die aufgestellte Gegenforderung sey nicht vorhanden, oder, weil er sie nur für illiquid und deshalb für untauglich zur Compensation hielt. Welcher unter diesen beiden Gedanken dem Richter vorschwebte, läßt sich der bloßen Verurtheilung nicht ansehen, sondern nur durch tieferes Eindringen in den Sinn des Urtheils erkennen; dennoch hängt gerade von diesem Umstand der Gebrauch dieses rechtskräftigen Urtheils bei einem künftigen Rechtsstreit lediglich ab (d).

Aus diesen Erwägungen folgt, daß in der That die Rechtskraft auch die Gründe des Urtheils mit umfaßt, d. h. daß das Urtheil als rechtskräftig anzusehen ist nur in unzertrennlicher Verbindung mit den vom Richter bejahten oder verneinten Rechtsverhältnissen, wovon der rein praktische Theil des Urtheils (die dem Beklagten auferlegte Handlung, oder die Abweisung des Klägers) abhängig ist. In diesem Sinn des Ausdrucks: Gründe, behaupte ich die Rechtskraft derselben. Um aber der Gefahr von Mißverständnissen zu entgehen, die aus der Vieldeutigkeit jenes Ausdrucks entsteht, will ich die in diesem Sinn aufgefaßten Gründe: Elemente der streitigen Rechtsverhältnisse und des (den Streit entscheidenden) Urtheils, nennen, nnd nunmehr den aufgestellten Satz so ausdrücken:

Die Elemente des Urtheils werden rechtskräftig.

(d) *L.* 7 § 1 *de compens.* (16. 2), *L.* 8 § 2 *de neg. gestis* (3. 5).

In dem oben angeführten Beispiel von der Eigenthumsklage wird also rechtskräftig: die Bejahung, oder Verneinung des Eigenthums, des Besitzes; ferner des Vergleichs, des Miethvertrags, des Pfandrechts.

Zu dieser Überzeugung sind wir hier gelangt durch die Hinsicht auf die künftige Wirkung der Rechtskraft (S. 355); zu demselben Ziel aber führt uns auch die Hinsicht auf die Natur des Rechtsstreits und die Aufgabe des Richteramts.

Diese Aufgabe geht dahin, das streitige Rechtsverhältniß, sobald es durch die Verhandlung spruchreif geworden ist, festzustellen, und dieser Feststellung Wirksamkeit zu sichern. Zu dieser Wirksamkeit aber gehört nicht blos die augenblickliche Abwehr äußerer Rechtsverletzung, sondern auch die Sicherung durch die in alle Zukunft fortwirkende Rechtskraft. Daß Dieses geschehe, dabei hat die obsiegende Partei ein augenscheinliches Interesse; was aber mehr ist, sie hat darauf ein unzweifelhaftes Recht.

Der Richter also würde seiner Pflicht nicht genügen, wenn er blos für das Bedürfniß des nächsten Augenblicks nothdürftig sorgen, die Sicherung aber für alle Zukunft versäumen wollte. Diese Sicherung begründet er nur dadurch, daß er die Elemente der Entscheidung feststellt, deren Rechtskraft hinfort bei jedem neuen Rechtsstreit benützt werden kann.

Rechtskräftig wird demnach Alles, was der Richter in Folge der spruchreif gewordenen Verhandlung entscheiden

will. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Richter alle, in dem Rechtsstreit zur Sprache gekommenen Elemente wirklich entscheiden muß, vielmehr ist hierin ein freier Spielraum des Ermessens zuzulassen.

Wenn z. B. bei der Eigenthumsklage der Richter die Überzeugung gewonnen hat, daß dem Kläger das Eigenthum nicht zusteht, so muß er Dieses verneinen. Behauptet zugleich der Beklagte, daß er nicht besitze, und wird der Richter davon überzeugt, während der Beweis des Eigenthums weder geführt, noch mißlungen, vielmehr in seiner Fortsetzung weit aussehend ist, so kann der Richter den Kläger abweisen, indem er den Besitz des Beklagten verneint, und das Eigenthum des Klägers unentschieden läßt; eben so, wenn irgend eine Einrede bewiesen ist, ehe über das Eigenthum entschieden werden kann. Hierin das rechte Maaß zu halten, ist die Aufgabe, die sich ein verständiger Richter stellen soll, welcher auch die Wünsche der Parteien zu berücksichtigen nicht versäumen wird.

Suchen wir aber noch vollständiger in die Erwägungen des Richters einzudringen, wodurch er zu der rein praktischen Entscheidung (Verurtheilung, oder Freisprechung) gelangt, so müssen wir uns überzeugen, daß diese Erwägungen von zweierlei Art sind.

Zunächst gehören dahin die bereits erwähnten Elemente der Rechtsverhältnisse, die, wenn sie der Richter erkannt hat, selbst integrirende Theile des Urtheils werden, und

daher an der Rechtskraft Theil nehmen. — Die Überzeugung von diesen Elementen aber gewinnt der Richter durch Erwägungen ganz anderer Art: durch die ihm beiwohnende Kenntniß der Rechtsregeln; durch die Beweismittel, welche ihn bestimmen, die in diesem Rechtsstreit wichtigen Thatsachen für wahr, oder unwahr anzunehmen.

Demnach können wir in der ganzen Reihe von Gedanken und Erwägungen, wodurch der Richter zum Ziel des Urtheils gelangt, zweierlei bestimmende Gründe unterscheiden: objective, die eigentlich Bestandtheile des Rechtsverhältnisses selbst sind, also Dasselbe, wofür oben die Bezeichnung von Elementen gebraucht worden ist; subjective, wodurch der Richter persönlich bewogen wird, eine bestimmte Überzeugung von jenen Elementen zu fassen, sie zu bejahen, oder zu verneinen. Nun aber müssen wir sogleich den Grundsatz hinzufügen:

Die vom Richter angenommenen objectiven Gründe (die Elemente) werden rechtskräftig, die subjectiven Gründe werden nicht rechtskräftig (e).

(e) Es kommt nicht selten vor, daß in den besonders abgefaßten Urtheilsgründen verwandte, aber in diesem Rechtsstreit nicht mit begriffene Rechtsverhältnisse herbeigezogen werden, um des Richters Ansicht von den Rechtsregeln oder den Thatsachen anschaulicher zu machen, und so die Überzeugung des Richters von den Elementen des vorliegenden Rechtsstreits sicherer zu rechtfertigen. Solche Erwägungen gehören unter die subjectiven Gründe und können nie rechtskräftig werden. In diesem Sinn wird die Rechtskraft der Gründe mit Recht verneint von Böhmer, wie unten gezeigt werden wird (§ 293 f). So z. B., wenn in den Gründen eines Urtheils über das Possessorium zugleich petitorische Erwägungen benutzt werden, um die Entscheidung über den Besitz plausibler zu machen.

Hier ſind wir aber auch auf dem Punkt angelangt, von welchem aus alle in dieſer Lehre vorkommende Meinungsverſchiedenheit und Verwirrung der Begriffe zu erklären iſt. Wer die Rechtskraft der Gründe behauptet, hat Recht, wenn er dabei an die objectiven Gründe denkt; wer ſie verneint, hat Recht, wenn er dieſe Verneinung auf die ſubjectiven Gründe bezieht. Eine genaue Unterſcheidung dieſer beiden Arten von Gründen iſt bis jetzt ſtets vernachläſſigt worden.

Damit jedoch die hier behauptete Rechtskraft der objectiven Gründe in ihrem wahren Werth und Einfluß anerkannt werde, iſt es nöthig, auf den Begriff der objectiven Gründe noch etwas genauer einzugehen. Ich habe bisher als Beiſpiele derſelben hauptſächlich angeführt die Beſtandtheile des Klagegrundes, und die der Klage entgegen geſetzten Exceptionen, mit welchen die Replicationen und Duplicationen unzweifelhaft ganz gleiche Natur haben.

Daß nun die Bejahung, oder Verneinung gerade dieſer Stücke des Prozeſſes rechtskräftig für alle Zukunft einwirkt, ja daß eben hierin die häufigſte und darum wichtigſte Wirkſamkeit der Rechtskraft der Gründe beſteht, ſoll nicht beſtritten werden. Allein es würde unrichtig ſeyn, und es würde die heilſame Wirkung der Rechtskraft willkührlich verkümmern, wenn man die Rechtskraft der Gründe auf die hier genannten Fälle ſtreng beſchränken wollte.

Vielmehr müssen dahin auch solche Fälle gerechnet werden, die oben als unächte Exceptionen bezeichnet worden sind, also namentlich die Fälle der relativen Verneinung, d. h. der absoluten Vernichtung eines früher vorhandenen Rechts des Klägers (§ 225).

Wird daher einer persönlichen Klage die Einrede der Compensation entgegengesetzt, welches eine wahre Exception ist, so wird allerdings die Zulassung, oder Verwerfung dieser Exception (also dieser Grund der Freisprechung, oder der Verurtheilung) rechtskräftig. Aber nicht minder wird rechtskräftig die Zulassung, oder Verwerfung der vom Beklagten vorgeschützten Einrede der Zahlung, obgleich diese keine wahre Exception im Römischen Sinn des Wortes ist. Genau so verhält es sich auch mit der Eigenthumsklage, wenn derselben die fälschlich sogenannte exceptio recentioris dominii entgegengesetzt wird, d. h. die Behauptung des Beklagten, daß das früher wirklich vorhandene Eigenthum des Klägers durch ein späteres Ereigniß verloren worden sey. Auch in diesen Fällen also muß die Rechtskraft der objectiven Gründe in der That behauptet werden.

Ja selbst auf diese, der wahren Exception näher stehenden, Fälle der relativen Verneinung dürfen wir uns nicht beschränken, wir müssen vielmehr noch einen Schritt weiter gehen. Wenn nämlich in einer Klage aus Eigenthum, oder Erbrecht der Beklagte gar nicht behauptet, das früher vorhandene Recht des Gegners sey später zerstört worden,

ſondern wenn er das Daſeyn deſſelben abſolut, für alle Zeiten, beſtreitet, ſo kann er dieſe ſeine Beſtreitung unter andern dadurch zu begründen ſuchen, daß er ſelbſt dieſes Eigenthum, oder dieſes Erbrecht zu haben behauptet, woraus dann von ſelbſt folgt, daß der Kläger es nicht haben kann (§ 287 a). Wenn er nun dieſen Weg einſchlägt, wenn darüber verhandelt, und der Richter von dieſer Behauptung des Beklagten überzeugt wird, ſo daß er ihn aus dieſem Grunde freiſpricht, ſo wird dieſer objective Grund der Entſcheidung rechtskräftig, und es ſteht für alle Zukunft, dieſem Kläger gegenüber, rechtskräftig feſt, daß dieſer Beklagte Eigenthümer, oder Erbe iſt. Durch dieſen nachgewieſenen Zuſammenhang glaube ich Dasjenige begründet zu haben, welches am Schluß des vorhergehenden §. nur vorläufig behauptet worden iſt, um zur billigen Befriedigung eines wahren praktiſchen Bedürfniſſes zu gelangen.

Da jedoch die Behauptung einer ſo ausgedehnten Rechtskraft der objectiven Gründe von großer Wichtigkeit iſt, und vielleicht manchen Widerſpruch erfahren möchte, ſo will ich ſie noch durch folgende Vergleichung in Beziehung auf die Eigenthumsklage zu beſtätigen ſuchen. Wenn nicht die Eigenthumsklage, ſondern die publiciana actio angeſtellt wird, wenn der Beklagte die exceptio dominii (eine ächte Exception) aufſtellt und beweiſt, und wenn er deshalb freigeſprochen wird, ſo wird man leicht geneigt ſeyn, ihm den Vortheil der Rechtskraft aus dieſer ihm zuvorkommenden Exception einzuräumen. Nun kann aber auch

derselbe Gang des Rechtsstreits eintreten, wenn nicht die publiciana, sondern die Eigenthumsklage angestellt wird, und der Beklagte gleichfalls durch den Beweis seines Eigenthums die Freisprechung bewirkt. Sollte er nun etwa den Vortheil der Rechtskraft dieses Grundes der Entscheidung nicht genießen, den er im Fall der publiciana genossen haben würde? Blos deswegen nicht, weil der juristische Begriff einer exceptio in dem einen Fall vorhanden, in dem anderen Fall nicht vorhanden wäre? Dieses würde gewiß dem praktischen Rechtssinn in hohem Grade widersprechen.

Oben ist ausführlich dargethan worden, daß die Freisprechung des Beklagten niemals in eine Verurtheilung des Klägers umgebildet werden dürfe (§ 288.), und man könnte auf den ersten Blick geneigt seyn, zwischen dieser Behauptung und den so eben aufgestellten Sätzen einen Widerspruch anzunehmen. Folgende zwei Erwägungen werden dazu dienen, den Schein dieses Widerspruchs zu beseitigen. Mit der Verurtheilung sind überhaupt zwei mögliche Folgen verknüpft, die zwar zusammenhangen, jedoch von einander unterschieden werden können. Die erste Folge ist das Gebot, Etwas zu thun, zu geben, zu unterlassen; diese kann in keinem Fall den Kläger als solchen treffen, und in dieser Hinsicht ist die oben aufgestellte Behauptung unbedingt wahr und wichtig. Die zweite Folge ist die Einwirkung der Rechtskraft auf zukünftige Streitverhältnisse, und hierauf allein bezieht sich der so eben angege-

bene Schein eines Widerſpruchs. Aber auch in dieſer Hinſicht iſt wohl zu bemerken, daß die oben aufgeſtellte Behauptung nur dahin ging, daß die Freiſprechung *an ſich, als ſolche*, nicht die Natur und Wirkung einer rechtskräftigen *Verurtheilung* des Klägers haben dürfe. Damit iſt aber nicht ausgeſchloſſen, daß der Beklagte indirect, vermittelſt der Rechtskraft der *Gründe*, ähnliche Vortheile erlangen könne, wie ſie ihm die Verurtheilung des Klägers, wenn ſie zuläſſig wäre, ohnehin verſchafft haben würde. Ein ſolcher indirecter Vortheil des Beklagten ſetzt indeſſen ſtets beſondere thatſächliche Verhältniſſe in dem geführten Rechtsſtreit voraus, und beſonders muß der Beklagte künftig den Beweis führen, daß in der That ſolche objective Gründe bei dem Urtheil vorhanden geweſen ſind. Es iſt daher noch immer auch in dieſer Hinſicht eine nicht unerhebliche praktiſche Folge mit jener oben aufgeſtellten Behauptung verbunden.

Die bisher angeſtellte Unterſuchung über die Rechtskraft der Gründe beruhte auf allgemeinen Betrachtungen über die Natur des Rechtsſtreits, die Stellung des Richteramtes, die Bedingungen möglicher Anwendung der Rechtskraft. Wie ſtellt ſich aber dazu das Römiſche Recht? Man könnte jene Behauptungen nach ihrer allgemeinen Herleitung als wahr zugeben, daneben aber behaupten, das Römiſche Recht lehre etwas ganz Anderes, oder es

sey auf diese Fragen gar nicht eingegangen, oder es habe sie nur theilweise und unbefriedigend berührt.

Ich muß dagegen behaupten, daß die hier dargestellte Lehre von der Rechtskraft der Elemente des Urtheils im Römischen Recht ihre vollständige und sichere Anerkennung gefunden hat. Zwar ist sie nirgend in der Gestalt eines allgemeinen Grundsatzes aufgestellt, aber das bestimmte Bewußtseyn derselben giebt sich in folgenden Äußerungen unsrer Rechtsquellen auf unzweifelhafte Weise kund.

Erstlich in der sicheren und erschöpfenden Anwendung der Rechtskraft bei den Römischen Juristen, wovon die folgende Darstellung den Beweis liefern wird. Diese wäre aber, wie oben gezeigt worden ist, völlig unmöglich, wenn nicht stets die Rechtskraft der Elemente (d. h. der objectiven Gründe) von ihnen vorausgesetzt würde.

Zweitens zeigt ihre Behandlung einiger einzelnen Fälle unwidersprechlich, daß sie die Rechtskraft der Elemente mit deutlichem Bewußtseyn vorausgesetzt haben.

Wenn die Eigenthumsklage nur deshalb abgewiesen wird, weil der Beklagte nicht besitzt, später aber der Besitz an den Beklagten kommt, so kann die Eigenthumsklage von Neuem mit Erfolg angestellt werden, und die frühere Rechtskraft des Urtheils steht nicht im Wege (f). Hier ist nun zunächst einer der Fälle vorhanden, worin nach gesprochenem Urtheil neue Thatsachen eingetreten sind (g),

(f) *L.* 9 *pr. L.* 17. *L.* 18 *de exc. rei jud.* (44. 2). Vgl. oben § 263.

(g) Eine nova oder superveniens causa, wovon unten § 300. die Rede seyn wird.

auf deren Folgen das frühere Urtheil natürlich keinen hindernden Einfluß haben kann; dieser Satz hat allerdings mit unsrer Frage keine Berührung. Daß aber das frühere Urtheil die Klage abgewiesen hat wegen des fehlenden Besitzes und nur aus diesem Grunde, daß es insbesondere nicht auch das Eigenthum dem Kläger abgesprochen hat (in welchem eine später eingetretene Veränderung gar nicht behauptet wird), — dieses Alles erfahren wir nur, indem wir uns nicht mit der Kenntniß des rein praktischen Ausspruchs im Urtheil (der Abweisung) begnügen, sondern auf den objectiven Grund dieses Ausspruchs zurückgehen, und dadurch erkennen, ob der Richter blos das Eigenthum des Klägers, oder vielmehr blos des Beklagten Besitz, oder endlich Beides zugleich verneinen wollte.

Ein ganz ähnlicher Fall tritt ein, wenn einer persönlichen Klage die Compensation entgegen gestellt wird, der Richter aber diese Einrede verwirft, und den Beklagten auf die volle eingeklagte Summe verurtheilt. Hier kommt Alles darauf an, ob die Einrede verworfen worden ist, weil der Richter die Gegenforderung für nicht vorhanden, oder nur für illiquid gehalten hat. Im ersten Fall wird der künftigen Klage auf die Gegenforderung die exceptio rei judicatae entgegen stehen, im zweiten Fall aber nicht (Note d). Auch hier also ist die Anwendbarkeit der Rechtskraft ganz abhängig von der Einsicht in den Grund, aus welchem der Richter die Einrede verworfen hat; die bloße Verwerfung an sich läßt uns darüber völlig ungewiß.

Der entscheidendste Fall aber, welcher beweist, daß die Römischen Juristen die Gründe der Entscheidung mit in das Gebiet der Rechtskraft gezogen haben, ist diejenige Art der Eigenthumsklage, welche per sponsionem geführt wurde (h).

Drittens endlich finden sich mehrere Stellen des Römischen Rechts, worin die Anwendung der Rechtskraft auf einen künftigen Rechtsstreit geradezu und wörtlich von dem Umstande abhängig gemacht wird, aus welchem Grunde ein früherer Ausspruch erlassen worden ist, worin wir also auf die Erforschung und Berücksichtigung dieses Grundes unmittelbar angewiesen werden (i).

Die bisher angestellte Untersuchung hat zu dem Ergebniß geführt, daß die Rechtskraft nicht blos der Entscheidung selbst (Verurtheilung oder Freisprechung), sondern auch den objectiven Gründen derselben, zugeschrieben werden muß, d. h. daß diese Gründe als integrirende Theile des Urtheils anzusehen sind, der Umfang der Rechtskraft also stets durch den Inhalt des Urtheils in Verbindung mit jenen Gründen bestimmt werden muß.

(h) Vgl. unten § 292 f.

(i) Dahin gehören folgende Stellen: *L.* 17 *de exc. r. j.* (44. 2) „Si rem meam a te petiero, tu autem *ideo* fueris absolutus, *quod* probaveris sine dolo malo te desisse possidere ... non nocebit mihi exceptio rei judicatae.“ — *L.* 18 *pr. eod.* „Si ... absolutus fuerit adversarius, *quia* non possidebat ... rei judicatae exceptio locum non habebit.“ — Eben so *L.* 9 *pr. eod.*

Dieſer wichtige Grundſatz aber iſt nicht nur für wahr zu halten nach der Aufgabe des Richteramtes und nach der Natur der Rechtskraft, ſondern er iſt auch ſchon im Römiſchen Recht beſtimmt anerkannt und zur vollen Anwendung gebracht worden.

§. 292.

Genauere Beſtimmungen des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. (Fortſetzung.)

Bisher iſt die Frage beantwortet worden, was durch den Ausſpruch des richterlichen Gedankens rechtskräftig werde, und es bleibt nun noch die zweite Frage zu beantworten übrig:

Aus welchen Quellen der wahrhafte Inhalt des richterlichen Gedankens (alſo der Umfang der rechtskräftigen Gegenſtände) zu erkennen iſt. (S. 352.)

Wenn wir die, ſeit langer Zeit ſehr weit verbreitete Art, die Urtheile ſchriftlich abzufaſſen, vorausſetzen, nach welcher dem Urtheil ſelbſt eine ausführliche Rechtfertigung hinzugefügt wird, ſo liegt der Gedanke ſehr nahe, nur der Inhalt des Urtheils werde rechtskräftig, der Inhalt der Urtheilsgründe ſey blos zur Ueberzeugung der Parteien oder anderer Leſer beſtimmt, und werde nicht rechtskräftig. So iſt es auch in der That zu verſtehen, wenn ſeit langer Zeit viele Schriftſteller über die Frage geſtritten haben, ob Gründe rechtskräftig werden?

Die angegebene Behauptung würde nur unter der Voraussetzung wahr und zugleich ausreichend seyn, wenn stets in dem Urtheil alle objectiven Gründe, in den Urtheilsgründen alle subjectiven Gründe, und nur diese, enthalten wären. Dann würde diese Behauptung mit der oben aufgestellten Lehre (§ 291) völlig übereinstimmen.

Jene Voraussetzung aber trifft in der Wirklichkeit ganz und gar nicht zu, ja sie kann schon deshalb nicht zutreffen, weil in der Abfassung der Urtheilsgründe die größten Verschiedenheiten wahrzunehmen sind. Unmöglich kann aber der Umfang der Rechtskraft von einem so zufälligen und willkührlichen Verfahren der verschiedenen Gerichte abhängig gemacht werden.

Ich will dabei nicht die großen Verschiedenheiten der äußeren Form erwähnen, die hier weniger in Betracht kommen (a). Aber auch darin herrscht große Verschiedenheit, daß bald mehr, bald weniger in das Urtheil selbst aufgenommen wird, so daß die Gränze zwischen beiden

(a) In den älteren Fakultätsurtheilen findet sich die pedantische Form, erst die Zweifelsgründe, dann die Entscheidungsgründe dem Urtheil voranzuschicken, beide aber mit dem Urtheil zu einem einzigen Satz zu verbinden, selbst wenn dieser durch eine große Zahl von Bogen hindurch ging, z. B. so anfangend: „Wenn es gleich scheinen wollte, daß ...; dennoch aber und dieweilen" u. s. w. — In der Anordnung ähnlich sind die, nach Französischer Form abgefaßten Urtheile, welchen ein Considérant (In Erwägung), oft in sehr vielen einzelnen Sätzen, vorhergeht. — Die neuere, in Deutschen Gerichten vorherrschende Form ist die, daß dem Urtheil die Gründe in Gestalt einer besonderen Abhandlung, eines Gutachtens, beigegeben werden. Vgl. Danz Prozeß, Anhang S. 67. Brinkmann richterliche Urtheilsgründe S. 91.

Schriftstücken als eine schwankende und zufällige erscheint. Diese innere Verschiedenheit hat auch ihren Grund nicht blos in den Gewohnheiten verschiedener Gerichte, sondern die eigenthümliche Beschaffenheit jeder einzelnen Rechtsstreitigkeit führt dahin, daß dasselbe Gericht nicht überall dieselbe Gränze beobachtet, indem bei einfachen Sachen die vollständige Aufnahme der objectiven Gründe in das Urtheil selbst sehr leicht seyn kann (b), die bei verwickelten Sachen vielleicht große Schwierigkeit mit sich führen wird.

Die größte Verschiedenheit aber findet sich darin, daß manche Gerichte überhaupt gar keine Gründe aufstellen, so daß die oben aufgestellte Behauptung, selbst wenn sie außerdem wahr und unbedenklich wäre, wenigstens zu einem allgemein durchgreifenden Princip nicht geeignet seyn würde (c).

Nach diesen Erwägungen müssen wir die oben aufgestellte Behauptung gänzlich verwerfen, und dagegen den Grundsatz aufstellen:

Rechtskräftig werden die objectiven Gründe, und diese

(b) So z. B., wenn in einer Eigenthumsklage lediglich über das Daseyn des Eigenthums gestritten, und dann der Beklagte verurtheilt wird, so kann das Urtheil selbst sehr leicht das Eigenthum aussprechen, und daran die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Sache (vielleicht auch der Früchte u. s. w.) unmittelbar anknüpfen. Eben so, wenn dieselbe Klage blos wegen des dem Beklagten fehlenden Besitzes abgewiesen wird, ist es leicht, der Abweisung diesen einzigen Grund unmittelbar beizufügen.

(c) In Preußen haben schon längst die meisten Gerichte Urtheilsgründe abgefaßt und den Parteien mitgetheilt, bei dem Geheimen Ober-Tribunal aber erfolgt diese Mittheilung erst seit der Kabinetsordre vom 19. Juli 1832 (S. 192 der Gesetzsammlung von 1832).

müssen wir aufsuchen, wo sie auch zu finden seyn mögen.

Wir haben sie also erstens aufzusuchen in dem Urtheil selbst, so weit sie in demselben ausgesprochen sind. — Zweitens in den besonders abgefaßten Urtheilsgründen; hier aber kommt es darauf an, nach inneren Merkmalen die objectiven Gründe, welche allein der Rechtskraft empfänglich sind, von dem übrigen Inhalt genau auszuscheiden. — Drittens müssen wir, wenn jene Erkenntnißquellen nicht ausreichen (d), die gesammten Verhandlungen des Rechtsstreites zu Hülfe nehmen, wobei die Klageschrift die erste Stelle einnimmt. — Endlich sind viertens außer diesen geschriebenen Quellen, aber in gleichem Werthe mit diesen, manche allgemeinere Erwägungen zu benutzen, von welchen am Schluß des gegenwärtigen §. noch besonders die Rede seyn wird.

In Folge dieser Übersicht über die wahren Quellen für die Erkenntniß des Umfangs der Rechtskraft läßt sich fragen, welche Einrichtungen bei Abfassung der Urtheile räthlich seyn möchten, um den unzweifelhaften Zweck der Rechtskraft möglichst sicher zu stellen.

Am besten würde dieser Zweck erreicht werden, wenn es möglich wäre, schon in das Urtheil selbst die Gesammtheit der objectiven Gründe aufzunehmen, so daß schon das Urtheil allein hinreichen würde, den Umfang der Rechts-

(d) Dahin gehören alle Urtheile derjenigen Gerichte, die überhaupt keine Urtheilsgründe aufzustellen pflegen.

kraft vollständig zu übersehen; die abgesonderten Urtheilsgründe würden dann nur dazu dienen, das Urtheil zu erläutern, und die Ueberzeugung des Richters auch in Anderen zu erwecken. Da aber diese Einrichtung bei verwickelten Sachen in aller Strenge kaum durchzuführen seyn möchte, so läßt sie sich nur annäherungsweise als wünschenswerthes Ziel aufstellen.

Dagegen ist es unter allen Umständen sowohl möglich, als räthlich, in den besonders abgefaßten Urtheilsgründen alle diejenigen Stücke, welche die Natur von objectiven Gründen haben, und daher nach der Absicht des Richters rechtskräftig werden sollen, als solche bestimmt anzugeben, damit über diesen Punkt kein Zweifel entstehen könne.

Zur Bestätigung der hier aufgestellten Behauptungen wird es dienen, wenn wir uns klar zu machen suchen, aus welchen Quellen die Römer in jedem Rechtsstreit den Umfang der Rechtskraft festzustellen suchten, da bei ihnen die äußeren Formen des Verfahrens mit den unsrigen durchaus keine Aehnlichkeit hatten, und doch derselbe Zweck, wie von uns, erreicht werden mußte.

Über die spätere Zeit des Römischen Rechts fehlt es uns hierin gänzlich an Nachrichten; für die Zeit des Formularprozesses aber glaube ich darüber ziemlich sichere Auskunft geben zu können.

Im Formularprozeß wurde der Umfang der Rechtskraft, d. h. der objectiven Gründe, die als Bestandtheile des

Urtheils anzusehen seyn sollten, zunächst erkannt aus der Intentio und der dieselbe ergänzenden Demonstratio. Wo aber diese Erkenntnißmittel nicht ausreichten, wurden auch wohl in das Urtheil selbst ausgesprochene objective Gründe mit aufgenommen. Einige Beispiele werden diese Behauptungen sowohl erläutern, als bestätigen.

Manche Klagen, wie z. B. die depositi actio, hatten eine zwiefache Formel: in jus und in factum. Bei jener wurde der Inhalt des Rechtsstreits aus der Demonstratio erkannt, bei dieser aus der Intentio (e), und so konnten diese verschiedenen Theile der Formel unmittelbar dazu dienen, den Inhalt und Umfang des in die Rechtskraft übergegangenen Urtheils zu erkennen.

Beispiele anderer Art aber, worin die formula nicht ausreichte, sondern andere Umstände hinzugenommen werden mußten, um die Rechtskraft zu bestimmen, sind folgende. Wenn die Eigenthumsklage per sponsionem angestellt wurde, so lautete die formula ganz einfach so: Si paret, N. Negidium A. Agerio sestertios XXV. nummos dare oportere. Diese 25 Sesterze aber sollten gar nicht bezahlt werden, sondern die Absicht ging dahin, ein rechtskräftiges Anerkenntniß des Eigenthums zu erlangen. Diese Absicht wurde nur dadurch erreicht, daß man auf den Grund der Entscheidung zurückging, nämlich auf die, in der Formel nicht ausgedrückte, vorhergegangene Stipulation, worin der

(e) Gajus IV. § 47.

Beklagte dem Kläger 25 Seſterze unter der Bedingung, daß der Kläger Eigenthümer wäre, verſprochen hatte (f).

Der Beſitz des Beklagten als Bedingung der petitoria formula wurde in der Intentio gar nicht erwähnt, ſondern lediglich officio judicis geprüft und im Urtheil beachtet (g). Wenn daher wegen des Mangels dieſes Beſitzes die Klage abgewieſen wurde, ſo konnte dieſer Grund der Entſcheidung nicht aus der Vergleichung des Urtheils mit der formula erkannt werden. Daher pflegte dieſer Grund der Entſcheidung, wie es mehrere Stellen der Römiſchen Juriſten geradezu erwähnen, in dem Urtheil ſelbſt ausgedrückt zu werden (h).

Auch noch in mehreren anderen Stellen werden Urtheile erwähnt, in welchen Entſcheidungsgründe unmittelbar ausgedrückt ſind (i). Schwerlich iſt hierüber ein ganz gleichförmiges Verfahren in allen Urtheilen beobachtet worden.

(f) Gajus IV. § 93. 94. — In der Behandlung dieſes Falles liegt zugleich einer der vollſtändigſten Beweiſe der oben aufgeſtellten Behauptung, daß überhaupt im Römiſchen Recht die Rechtskraft auch auf die Gründe der Entſcheidung bezogen worden iſt. Vgl. oben § 291. h. — Eben weil in dem Fall der certi condictio aus einer Geldſtipulation die bloße Intentio keinen Aufſchluß über die Natur und den Grund des Anſpruchs gab, ſo mußte bei dieſer Klage neben der actio auch die vollſtändige stipulatio edirt werden. *L.* 1 § 4 *de edendo* (2. 13).

(g) *L.* 9 *de rei vind.* (6. 1).

(h) Vgl. oben § 291. f. i.

(i) *L.* 1 § 1 *quae sent. sine app.* (49. 8). (Macer) „Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: veluti si judex ita pronuntiaverit: *Cum constet, Titium Sejo ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere; idcirco Lucium Titium Sejo centum condemno.* Nam quoniam error computa-

Es ist oben gesagt worden, daß es außer den, hier angegebenen, geschriebenen Quellen auch noch manche allgemeinere Erwägungen gebe (gleichsam unsichtbare Erkenntnißquellen), welche bei Bestimmung des Umfangs der Rechtskraft benutzt werden müßten.

Diese Erkenntnißquellen können in zwei entgegengesetzten Richtungen bestimmend einwirken: Einige, indem sie als stillschweigende Zusätze zu dem Urtheil hinzugedacht werden müssen; Andere, indem sie diejenigen Aussprüche, die ihrer Form nach, und nach der Absicht des Richters, zu dem Urtheil gehören, und also der Rechtskraft theilhaftig zu seyn scheinen, ganz, oder theilweise entkräften. — Es gehören dahin folgende Fälle:

I. Jede Verurtheilung schließt in sich die Freisprechung von allen weiter gehenden Ansprüchen aus dem streitig gewordenen und abgeurtheilten Rechtsverhältniß; jede Freisprechung geht nicht blos auf das von dem Kläger geforderte Ganze, sondern auch auf jeden denkbaren Theil dieses Ganzen (§ 286).

Diese, in ihren praktischen Folgen ungemein wichtigen Sätze, die niemals in dem Urtheil ausgedrückt zu werden pflegen, sind stets als stillschweigende Bestandtheile des

tionis est, nec appellare necesse est, et citra provocationem corrigitur." — Eben so in dem anderen Fall, welcher in dem § 2 derselben Stelle als Beispiel einer Entscheidung mit Gründen aufgestellt wird. Desgleichen auch in *L.* 2 *C. quando provocare* (7. 64).

Urtheils anzuſehen, die eben ſo rechtskräftig werden, wie der ausgeſprochene Theil deſſelben.

II. In jedem Urtheil iſt ſtillſchweigend hinzuzudenken eine gewiſſe Zeitbeſtimmung. Die Anerkennung, oder Verneinung eines Rechts in der Perſon des Klägers ſoll als Wahrheit gelten, und wird rechtskräftig nur für den Zeitpunkt, in welchem das Urtheil geſprochen wird.

Der Richter ſpricht alſo Etwas aus nur in Beziehung auf den gegenwärtigen Zeitpunkt; er läßt nothwendig unberührt alle in die Zukunft fallenden Veränderungen, und die Rechtskraft des Urtheils bleibt ohne Einwirkung auf jeden Rechtsſtreit, welcher auf der Behauptung von Thatſachen beruht, die erſt nach dem Urtheil eingetreten ſeyn ſollen.

Dieſer Satz, der in ſeinen einzelnen Anwendungen niemals bezweifelt worden iſt (k), findet gerade hier ſeine wahre Begründung. Er beruht nämlich darauf, daß die eben erwähnte Zeitbeſtimmung als ſtillſchweigender Zuſatz in das Urtheil hinein zu denken iſt. Daraus folgt, daß eine künftige, auf ſpätere Thatſachen gegründete Klage mit dem früheren Urtheil gar nicht im Widerſpruch ſteht (l).

(k) Er kommt vor bei der causa superveniens, ſ. u. § 300.

(l) Die angegebene Regel iſt hier abgeleitet worden aus dem richtig verſtandenen Inhalt des Urtheils, alſo aus der Natur der Einrede der Rechtskraft in ihrer poſitiven Function. Dieſelbe Regel wurde auch anerkannt, nur aus anderen Gründen, bei der Einrede in ihrer älteren Geſtalt (der negativen Function). Hier beruhte ſie

III. Die bisher abgehandelten Fälle führten dahin, daß dem wörtlich ausgesprochenen Urtheil aus allgemeinen Erwägungen stillschweigende Zusätze beigegeben wurden, die an der Rechtskraft Theil nehmen sollten. Es giebt aber auch Fälle, in welchen umgekehrt Dasjenige, welches durch seine Form und durch die Absicht des Richters rechtskräftig werden sollte, von der Rechtskraft ausgeschlossen bleiben muß.

Dahin gehört, richtig aufgefaßt und begränzt, der Fall des Rechnungsfehlers. Wenn nämlich das Urtheil selbst eine Rechnung aufstellt und aus dieser die Summe der Verurtheilung ableitet, die Rechnung aber falsch ist, so steht die ausgesprochene Summe mit den mathematischen Denkgesetzen im Widerspruch. Die Folge ist die, daß die Bestandtheile der Rechnung als wahr und rechtskräftig angenommen werden, die Summe selbst aber berichtigt werden kann und muß, und zwar ohne Appellation oder irgend ein anderes Rechtsmittel, ohne neues Urtheil, sowohl von demselben Richter, der das Urtheil gesprochen hat, als auch von jedem anderen Richter, der mit dieser Sache zu thun bekommt (m). Der Fall, welcher von dem alten Juristen

darauf, daß die später angestellte Klage auf alia res ging, also mit der früher in judicium deducirten und dadurch consumirten Klage nicht identisch war. Keller S. 292.

(m) *L.* 1 § 1 *quae sent.* (49. 8), oben in der Note i. abgedruckt. — Vgl. Gönner B. 3 S. 203. Linde Handbuch § 13. — Alle anderen Irrthümer des Urtheils darf der urtheilende Richter selbst durchaus nicht verbessern, nachdem das Urtheil einmal ausgesprochen ist. *L.* 42, *L.* 45 § 1, *L.* 55 *de re jud.* (42. 1). Nur eine Er-

angeführt wird, bezieht sich auf ein Urtheil von folgendem Inhalt: „Da der Beklagte aus Einem Rechtsgrund 50 schuldig „ist, aus einem andern Rechtsgrund 25, so verurtheile ich „ihn zu 100.“ Hier soll nicht etwa (wie man glauben könnte) das ganze Urtheil nichtig seyn, sondern es soll nur die Rechnung berichtigt werden (citra provocationem *corrigitur*), d. h. es soll so angesehen werden, als wenn zu 75 verurtheilt wäre. Nach den oben aufgestellten Grundsätzen aber kann es kein Bedenken haben, dasselbe Verfahren anzuwenden, ohne Unterschied, ob jene Rechnung in dem Urtheil selbst (wie in jener Digestenstelle), oder in den abgesondert beigefügten Urtheilsgründen aufgestellt ist.

Mit diesem Fall des Rechnungsfehlers läßt sich noch der andere (schwerlich je vorkommende) Fall vergleichen, wenn irgend ein Stück des Urtheils nach Naturgesetzen unmöglich ist (n), da diese denselben Anspruch auf unbedingte Anerkennung haben, wie die Gesetze der Mathematik, so daß in beiden Fällen eine eigentlich juristische Prüfung und Berichtigung des Urtheils als gleich überflüssig erscheint.

Dagegen haben eine ganz verschiedene Natur einige

gänzung des Urtheils soll ihm gestattet seyn, wenn sie noch an demselben Tage hinzugefügt wird. *L.* 42 *cit.*

(n) *L.* 3 *pr.* § 1 *quae sent.* (49. 8) „Paulus respondit, impossibile praeceptum judicis nullius esse momenti. — Idem respondit, ab ea sententia, cui pareri rerum natura non potuit, sine causa appellari.“ — Über den, auch in manchen anderen Rechtsinstituten wahrzunehmenden Einfluß der auf Naturgesetzen beruhenden Nothwendigkeit oder Unmöglichkeit vgl. oben B. 3 § 121 fg.

andere Fälle, die mit dem eben dargestellten Fall des im Urtheil enthaltenen Rechnungsfehlers mehr oder weniger verwandt sind, und daher irrigerweise von manchen Schriftstellern auf gleiche Linie gestellt werden.

Ein Rechnungsfehler nämlich kann auch außer einem Rechtsstreit, in Rechtsgeschäften verschiedener Art vorkommen, und dann zu einer Anfechtung des Geschäfts Anlaß geben. Wenn z. B. eine aus mehreren Posten bestehende Kaufmannsrechnung falsch summirt wird, und deshalb der Käufer mehr bezahlt, als er schuldig ist, so kann er die Überzahlung mit einer condictio indebiti zurückfordern. Bei diesem Rechtsstreit kann ein Vergleich, so wie ein rechtskräftiges Urtheil vorkommen (o); aber alle diese Folgen, die sich an einen ursprünglich außergerichtlichen Rechnungsfehler anknüpfen, haben mit der oben aufgestellten Regel von dem im Urtheil enthaltenen Rechnungsfehler Nichts gemein. — Ferner kann der Rechnungsfehler zwar einem Urtheil zum Grunde liegen, jedoch so, daß er nicht

(o) Von einem Fall solcher Art handelt *L. un. C. de err. calculi* (2. 5). Zweifelhaft ist die Bedeutung von Paulus V. 5 A. § 11. „Ratio calculi saepius se patitur supputari, atque ideo potest quocunque tempore retractari, si non longo tempore evanescat.“ Die Anfangsworte sind ganz ähnlich gefaßt, wie die angeführte Stelle des Codex („unde rationes etiam saepe computatas demuo tractari posse“), und können daher gleichfalls auf außergerichtliche Rechtsgeschäfte bezogen werden. Aber die Worte *quocunque tempore* retractari scheinen die Nothwendigkeit der zu beobachtenden Appellationsfrist verneinen zu wollen, und dann müßte Paulus den Fall des im Urtheil enthaltenen Rechnungsfehlers (Note i.) vor Augen gehabt haben.

aus dem Urtheil ſelbſt erhellt, ſondern erſt von uns hinterher als Anfechtungsgrund geltend gemacht wird, indem wir eine andere Rechnung aufſtellen, als die, welche den Richter, nach unſrer Vorausſetzung, zu ſeiner Entſcheidung beſtimmt hat. Dieſes iſt der Gegenſtand einer gewöhnlichen Anfechtung des Urtheils durch Appellation (p), und hat wiederum mit jener Regel Nichts gemein. Es müſſen daher die verſchiedenen Beziehungen, in welchen ein Rechnungsfehler vorkommen und Einfluß haben kann, genau unterſchieden werden.

In unmittelbarer Verbindung mit der Regel, nach welcher der Rechnungsfehler niemals in Rechtskraft übergehen kann (Note i.), wird von Macer die andere Regel aufgeſtellt, daß es auch dann gegen ein Urtheil keiner Appellation bedürfe, wenn darin der Inhalt einer Kaiſerconſtitution verletzt werde (q). Man möchte dadurch verleitet werden, dieſen Fall mit dem Fall des Rechnungsfehlers auf gleiche Linie zu ſtellen, woraus wieder folgen würde,

(p) Darauf iſt zu beziehen *L.* 2 *C. de re jud.* (7. 52.) „Res judicatae si *sub praetextu* computationis instaurentur, nullus erit litium finis," welche Stelle, ſo verſtanden, mit *L.* 1 § 1 *quae sent.* (Note i.) nicht im Widerſpruch ſteht, da ſie von einem ganz anderen Falle ſpricht. Das ganze Gewicht liegt auf den Worten sub praetextu. In dem, von Macer in der angeführten Digeſtenſtelle aufgeſtellten Falle konnte von einem praetextus nicht die Rede ſeyn, da der bloße Augenſchein entſchied.

(q) *L.* 1 § 2 *quae sent.* (49. 8). Vgl. *L.* 27. 32 *de re jud.* (42. 1), *L.* 19 *de appell.* (49. 1), woraus zugleich erhellt, daß die Verletzung einer Lex, oder eines Senatusconſults hierin auf gleicher Linie ſtand mit der Verletzung einer Kaiſerconſtitution.

daß auch der fehlende Richter selbst seinen Irrthum (ähnlich einem bloßen Schreibfehler) wieder verbessern könne. Diese Meinung würde jedoch ganz irrig seyn, und beide Fälle haben eine verschiedene Natur. Die in einem Urtheil enthaltene Gesetzverletzung kann nur durch ein Rechtsmittel gegen das Urtheil berichtigt werden, und ist nur dadurch von anderen, in einem Urtheil vorkommenden Fehlern verschieden, daß die Anfechtung nicht den beschränkenden Regeln und Formen der Appellation unterworfen ist. Der innere Unterschied des Rechnungsfehlers von der Gesetzverletzung liegt darin, daß der Rechnungsfehler von Jedem, der nur darauf aufmerksam gemacht wird, unfehlbar anerkannt werden muß; bei der angeblichen Gesetzverletzung aber kommt es erst auf eine, oft nicht unzweifelhafte, Prüfung des Inhalts des Gesetzes an, ferner auf eine Vergleichung des Gesetzes mit dem Urtheil, insbesondere auch auf die Frage, ob der Richter in der That das Gesetz verkannt, oder vielmehr in der Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz geirrt hat, auf welchen letzten Fall die Befreiung von den regelmäßigen Bedingungen der Appellation ganz und gar nicht bezogen werden darf (r).

An die so eben erwähnte Regel des Römischen Rechts von der Gesetzverletzung in einem Urtheil, deren Anfechtung nicht unter den gewöhnlichen Regeln und Formen der Appellation stehen soll, haben sich in dem Prozeßrecht neuerer

(r) *L.* 32 *de re jud.* (42. 1), *L.* 1 § 2 *quae sent.* (49. 8).

Zeiten sehr wichtige Rechtsinstitute in mannichfaltiger Entwickelung angeschlossen. — Es gehört dahin die Lehre des gemeinen Deutschen Prozesses von der Nichtigkeit des Urtheils wegen des verletzten jus in thesi (s); ferner im Französischen Prozesse das Rechtsmittel der Cassation; eben so im früheren Preußischen Prozesse die (dem gemeinen Deutschen Prozesse nachgebildete) Nichtigkeitsklage wegen verletzter klarer Gesetze (t); im neueren Preußischen Prozesse die Nichtigkeitsbeschwerde, welche eine der Französischen Cassationsbeschwerde ähnliche Natur hat (u).

Alle diese, den neueren Zeiten angehörenden, Rechtsinstitute sind hier nur beiläufig erwähnt worden, um auf sie die gemeinsame Bemerkung zu beziehen, daß sie lediglich dem Prozeßrechte angehören, und mit der hier vorliegenden Lehre von der Rechtskraft keine unmittelbare Berührung haben, insofern also von den, so eben aus dem Römischen Rechte dargestellten Folgen des Rechnungsfehlers wesentlich verschieden sind. Es sind insgesammt Rechtsmittel gegen richterliche Urtheile, und insofern sind sie mit der Appellation gleichartig, obgleich von dieser in Bedingungen und Formen mehr, oder weniger verschieden (v).

(s) Linde Lehrbuch § 419—422.

(t) Allgemeine Gerichtsordnung Th. 1 Tit. 16 § 2 N. 2.

(u) Gesetz vom 14. Dez. 1833 (Gesetzsammlung 1833 S. 302).

(v) Aehnlich der Römischen Behandlung des Rechnungsfehlers ist die Vorschrift der Preußischen A. G. O. I. 14. § 1. „Wenn in dem publicirten Urtel erster Instanz irgend ein Irrthum in Worten, Namen, oder Zahlen vorgefallen . . . zu seyn scheint, so bedarf es deshalb keiner Appellation, sondern . . . dieses (das Kollegium) muß . . . den vorgefallenen Irrthum durch eine . . . Registratur abändern lassen" u. s. w.

§. 293.

Genauere Bestimmung des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. Schriftsteller.

Die Untersuchung über die Rechtskraft der Gründe würde nicht zu einem befriedigenden Schluß geführt seyn, wenn nicht auch die Meinungen unsrer Schriftsteller über diese Frage übersichtlich dargestellt würden. Daß diese Meinungen so sehr unter sich selbst im Widerstreit sind, muß gerade bei einem Gegenstand von so häufiger praktischer Anwendung auffallen, und ist nur daraus zu erklären, daß man es versäumt hat, die Begriffe und die Fragen, worauf es bei diesem Streit ankommt, zu klarer Entwicklung zu bringen, bevor die Entscheidung der Fragen unternommen wurde.

An die Darstellung der gemeinrechtlichen Literatur soll die Behandlung desselben Gegenstandes im Preußischen Recht angeschlossen werden. Dieses Verfahren würde nicht zu rechtfertigen seyn, wenn das Preußische Recht hierin (so wie in den wichtigsten Theilen des eigentlichen Prozeßrechts) einen eigenen und neuen Weg eingeschlagen hätte; so verhält es sich aber in der That nicht. Praxis und Literatur geht hier stets aus von wenigen, allerdings nicht erschöpfenden, Gesetzstellen. Bei deren Abfassung aber lag augenscheinlich nicht die Absicht zum Grunde, die Lehre von der Rechtskraft auf einem neu erfundenen Grunde zu erbauen, welche Absicht schon durch die Kürze und Unvoll-

ſtändigkeit dieſer Stellen widerlegt wird. Vielmehr ſollte nur mit wenigen Worten die Befolgung derjenigen Regeln über die Rechtskraft angeordnet werden, deren Kenntniß und Übung bei allen damals vorhandenen Richtern aus dem gemeinen Recht vorausgeſetzt werden konnte.

Um aber die folgende literariſche Darſtellung verſtändlicher zu machen, iſt es nöthig, zwei Geſichtspunkte hervor zu heben, welche möglicherweiſe ſowohl von der Geſetzgebung, als von der Wiſſenſchaft und der Praxis in der Lehre von der Rechtskraft aufgefaßt werden können, und welche großentheils zu entgegengeſetzten Zielen führen. Dabei muß an die ſchon oben (§ 291) gemachte Bemerkung erinnert werden, daß die Rechtskraft unzertrennlich verbunden iſt mit der Möglichkeit und dem Bedürfniß der Appellation; was rechtskräftig zu werden fähig und beſtimmt iſt, kann und muß, damit es nicht rechtskräftig werde, durch Appellation angefochten werden, und umgekehrt: was nicht rechtskräftig wird, braucht und ſoll nicht Gegenſtand einer Appellation ſeyn.

Der eine Geſichtspunkt nun, den man in der Lehre von der Rechtskraft vorzugsweiſe verfolgen kann, iſt die Befriedigung des augenblicklichen Bedürfniſſes. Es ſoll ſo leicht und ſo ſchnell, als möglich, auf die letzte Entſcheidung des jetzt vorliegenden praktiſchen Streites hingewirkt werden. Kann dieſe Entſcheidung auch bei künftigen Streitigkeiten helfen, ſo iſt es gut; für dieſen untergeordneten Gegenſtand aber haben wir wenig zu ſorgen.

Der entgegengesetzte Gesichtspunkt ist die Feststellung aller, unter den Parteien streitig gewordenen und bis zur Spruchreife verhandelten, Rechtsverhältnisse für alle Zukunft. So weit dabei die Entscheidung des zunächst vorliegenden, unmittelbar praktischen Streites erleichtert und beschleunigt werden kann, muß es geschehen; nur darf durch die Verfolgung dieses untergeordneten Zweckes das angegebene eigentliche Ziel nicht gefährdet werden (a).

Dieser zweite Gesichtspunkt ist unzweifelhaft der der Römischen Juristen. Dafür zeugt ihre gründliche Ausbildung der Lehre von der Rechtskraft, deren Darstellung die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung ist.

Der erste Gesichtspunkt ist nicht selten in neuerer Zeit von Schriftstellern und Gerichten auf einseitige Weise verfolgt worden, und in diesem Gegensatz ist wohl der Hauptgrund der starken Meinungsverschiedenheiten in dieser Lehre zu suchen.

Die Meinungen der Schriftsteller lassen sich auf drei Klassen zurück führen.

(a) Es darf freilich diese Behauptung nicht dahin übertrieben werden, als ob das Urtheil nie früher gesprochen werden dürfte, als bis alle streitig gewordenen Fragen spruchreif geworden wären, welchem möglichen Mißverständniß schon oben vorgebeugt worden ist (S. 360). Nur was wirklich spruchreif geworden ist (oder in naher Zeit gemacht werden kann), soll durch das Urtheil so festgestellt werden, daß diese Feststellung für alle Zukunft sicheres Recht bilden könne.

I. Die meiſten verneinen die Rechtskraft der Gründe unbedingt, ſelbſt ohne für den Fall eine Ausnahme vorzubehalten, wenn die Gründe mit der Urtheilsformel ſelbſt verwebt ſind (b). Dahin ſind auch diejenigen zu rechnen, welche den Gründen nur inſofern einen Werth beilegen, als dadurch vielleicht ein zufällig undeutliches Urtheil erklärt werden kann (c); denn auch in dieſer Meinung wird die wahre Bedeutung der Gründe, und das innere Verhältniß derſelben zu dem Urtheil ſelbſt, völlig verkannt.

II. Einige Schriftſteller nehmen die Rechtskraft der Gründe an, wenn ſie in das Urtheil eingerückt ſind, nicht, wenn ſie blos in einem abgeſonderten Aufſatz ſtehen. Sie tadeln aber eben deshalb die Einrückung in das Urtheil, halten es alſo für einen Nachtheil, wenn die Gründe rechtskräftig werden. Dieſe Meinung hatte früher Wernher, und ſie iſt nachher von Claproth angenommen worden (d). — Später änderte Wernher ſeine Meinung dahin, daß auch die abgeſonderten Gründe rechtskräftig werden, inſofern ſie der Richter zugleich mit dem Urtheil den Parteien publicire. Eben deshalb aber tadelt er nun auch dieſes Verfahren, und findet es beſſer, ſie nicht zu publiciren (e).

(b) Berger oecon. forensis Lib. 4 T. 22 Th. 4 Not. 6. — Hymmen Beiträge B. 6 S. 102 N. 45. — Martin Prozeß § 113 Note d. — Linde Lehrbuch § 381 Note 5.

(c) Cocceji jus controv. XLII. 1 Qu. 8 Pufendorf Obs. I. 155.

(d) Wernher Obs. T. 1 P. 4 Obs. 172. — Claproth ordentl. Prozeß Th. 2 § 210.

(e) Wernher Obs. T. 3 P. 3 Obs. 97 N. 24 — 32.

Diese ganze Meinung, und insbesondere die Warnung gegen Publication der Gründe, hangt augenscheinlich zusammen mit der oben erwähnten Auffassung, nach welcher das ganze Streben auf die schnelle Beseitigung des augenblicklichen Bedürfnisses und auf die Verminderung der Rechtsmittel, nicht auf die bleibende Feststellung streitiger Rechtsverhältnisse für die Zukunft, gerichtet seyn soll. Dasselbe Motiv liegt auch der ersten Meinung zum Grunde, durch welche die Rechtskraft der Gründe überhaupt, und ohne Rücksicht auf äußere Form und Stellung, verneint wird.

III. Bei einer dritten Klasse von Schriftstellern endlich wird der innere Zusammenhang der Gründe mit dem Inhalt des Urtheils, und daher die Theilnahme der Gründe an der Rechtskraft, richtig anerkannt, ohne Unterschied, in welcher Form die Gründe ausgesprochen, und an welcher Stelle dieselben angebracht sind.

Der erste Schriftsteller neuerer Zeiten, bei welchem ich diese freiere Ansicht finde, ist J. H. Böhmer. Er nennt die Gründe wesentliche Bestandtheile des Urtheils, die Seele des Urtheils, die Ergänzung des richterlichen Gedankens, und schreibt ihnen daher dieselbe Kraft, wie dem Urtheil selbst, zu (f).

(f) Böhmer exercit. ad Pand. T. 5 p. 534 § 18: „Equidem rationes decidendi virtualiter sententiae inesse creduntur, cum contineant fundamenta, quibus judex motus sententiam eo, quo factum est, modo tulit, adeoque eandem vim cum ipsa sententia habere videntur, utpote cujus anima et quasi

Zu den Schriftstellern dieser Klasse gehört ferner Bayer, der sich ausdrücklich dahin erklärt, daß es bei der Rechtskraft nicht darauf ankomme, an welchem Orte (in der Urtheilsformel, oder in den Entscheidungsgründen) ein Ausspruch des Richters stehe, und daß jede Entscheidung irgend eines, in dem vorhergehenden Verfahren bestrittenen Hauptpunktes rechtskräftig werde (g). Eben so gehört dahin auch Wächter, der die Streitfrage über die Rechtskraft der Gründe zwar nicht als solche behandelt, wohl aber die Grundsätze des Römischen Rechts über die Rechtskraft so darstellt, wie es nur unter Voraussetzung einer richtigen Entscheidung jener Streitfrage möglich ist (h).

Noch bestimmter aber und ausführlicher sprechen sich über diesen Punkt zwei neuere Schriftsteller aus, deren geschichtliche Auffassung der Lehre von der Rechtskraft von einer anderen Seite her oben bekämpft werden mußte, Kierulff und Buchka. Der erste behauptet ganz richtig (i), „daß das richterliche Urtheil nach seinem Geist und nicht nach dem bloßen Wortinhalt behandelt werden

nervus sunt.“ (Wörtlich gleichlautend mit Jus eccl. Prot. Lib. 2 T. 27 § 14). — Weiterhin verneint er die Rechtskraft derjenigen Stücke der Entscheidungsgründe, worin der Richter zur bloßen Erläuterung fremdartige Erwägungen mit einmischt, z. B. Betrachtungen über die Lage des Eigenthums bei Gelegenheit der Entscheidung über eine Besitzklage. Gewiß mit Recht, da solche Betrachtungen zu den blos subjectiven Gründen gehören (§ 291. e).

(g) Bayer Civilprozeß S. 184 Ausg. 4.

(h) Wächter Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts B. 2 § 73.

(i) Kierulff S. 250. 254. 256. 260. Vgl. oben § 263 S. 282.

darf." Ferner, „Was man gewöhnlich Entscheidungsgründe nennt, ist eben der wahre concrete Inhalt, und die Condemnation, oder Absolution sind nur der Ausspruch des, aus ihm gefolgerten, rechtlichen Resultats. Was entschieden ist, weiß man wahrhaft nur, wenn man jene sogenannten Gründe kennt, und die gewöhnlich sogenannte Entscheidung selbst giebt davon nur eine oberflächliche andeutende Kunde." Damit ist die Sache selbst so richtig bezeichnet, daß sich von diesem Standpunkt aus jede einzelne Frage über die Rechtskraft der Gründe befriedigend beantworten läßt. Allein derselbe Schriftsteller verknüpft mit dieser richtigen Auffassung der Sache selbst eine ganz irrige geschichtliche Behauptung, indem er annimmt, diese richtige Einsicht sey erst die Frucht der, im heutigen Recht völlig zur Herrschaft gelangten aequitas, das Römische Recht habe diese Lehre noch nicht anerkannt. Diese Auffassung hängt zusammen, sie steht und fällt, mit der oben widerlegten Behauptung, daß die Römer bis in ihre neueste Gesetzgebung unter der Herrschaft des Consumtionsprinzips gebunden gewesen seyen, also niemals die Handhabung des Inhalts des Urtheils, vermittelst der positiven Function der exceptio rei judicatae, als wahre Aufgabe der Rechtskraft rein und vollständig durchgeführt hätten (§ 283). Die Widerlegung dieser Ansicht ist schon oben versucht worden, sie ist aber jetzt noch durch folgende Bemerkung zu ergänzen. Es müßte doch angegeben werden können, wann und wie die bessere Einsicht des heutigen Rechts, und zwar namentlich in Anwendung auf die Rechtskraft der Gründe, entstanden seyn sollte. Sie könnte etwa durch ein deutsches Reichsgesetz geltend geworden seyn; ein solches findet sich nicht. Es könnten einzelne Schriftsteller eine gründliche Theorie aufgestellt,

und damit allgemeine Anerkennung gefunden haben, im Widerſpruch mit dem Römiſchen Recht; oder es könnte, ohne theoretiſche Durchführung, blos in der geſunden Praxis, die beſſere Einſicht allgemein durchgedrungen ſeyn. Aber es iſt ja ſo eben gezeigt worden, wie ganz mangelhaft, unter einander ſtreitend, und beſonders der richtigen Lehre mehr oder weniger widerſprechend, bis auf die neueſte Zeit faſt alle Schriftſteller die Rechtskraft der Gründe behandelt haben; darunter Schriftſteller, die aus der Mitte der Praxis hervorgegangen ſind, und aus deren Zeugniſſen allein wir den Stand der Praxis kennen. Vor der unbefangenen Erwägung dieſer Thatſachen muß die geſchichtliche Auffaſſung des erwähnten Schriftſtellers als unmöglich zerfallen, ſelbſt ohne Darlegung des wahren Inhalts des Römiſchen Rechts.

Ganz ähnlich iſt die Behandlung dieſer Frage bei Buchka, der nur noch ausführlicher, und mit mehr Schein der Quellenforſchung, auf dieſelbe eingegangen iſt. Die eigene Darſtellung, die derſelbe von der Rechtskraft der Gründe giebt, iſt befriedigender, als die irgend eines früheren Schriftſtellers (k). Er behauptet, der Richter müſſe und wolle über Alles entſcheiden, das bis zur Duplik als Gegenſtand des verhandelten Rechtsſtreites feſtgeſtellt worden ſey. Der Umfang dieſer zur Rechtskraft beſtimmten Entſcheidung ſey alſo nicht blos aus der Urtheilsformel, ſondern auch aus den beigefügten Entſcheidungsgründen zu erkennen. Von dieſem Grundſatz macht er die richtige Anwendung auf die Rechtskraft der Präjudicialpunkte und insbeſondere der legitimatio ad causam. Von dieſem Allen aber, als der im heutigen Recht

(k) Buchka B. 2 S. 183—209, beſonders S. 183. 184. 207.

gewonnenen Einsicht, behauptet er gerade das Gegentheil für den Standpunkt des Römischen Rechts, in welchem, wie er glaubt, die Rechtskraft nur auf die unmittelbare Entscheidung selbst, nicht auf die Gründe, insbesondere nicht auf die Präjudicialpunkte, soll bezogen worden seyn (l). Die Bemerkungen, die so eben über die Auffassung von Kierulff gemacht worden sind, finden auch hier ihre volle und buchstäbliche Anwendung.

Wenn man die sehr aus einander gehenden und oft so irrigen Ansichten der Schriftsteller in dieser Lehre erwägt, so liegt der Gedanke sehr nahe, daß nothwendig auch die Praxis hierin von jeher eine ganz verschiedene und großentheils irrige gewesen seyn müsse. Dennoch muß ich die Richtigkeit dieser Folgerung bezweifeln, und vielmehr für wohl möglich halten, daß Mancher unter den angeführten Schriftstellern eine bessere Praxis mit erlebt und selbst geübt haben mag, als man ihm nach seinen Schriften zutrauen sollte. Dieser Umstand würde sich aus der, schon im Anfang des gegenwärtigen §. ausgesprochenen, Bemerkung erklären, nach welcher die, in der Lehre von der Rechtskraft herrschenden, falschen Ansichten weniger aus deutlich gedachten, und mit bestimmtem Bewußtseyn angenommenen Irrthümern, als aus einem Mangel an klarer Entwicklung der hier vorkommenden Begriffe und Fragen entsprungen sind.

Aus zuverlässiger Mittheilung kann noch hinzugefügt werden,

(l) Buchka B. 1 S. 290—314, besonders S. 301. 305. 308. Die klarsten Stellen, aus welchen die richtige Auffassung der Rechtskraft bei dem Römischen Juristen hervorgeht, *L.* 7 § 4. 5 *de exc. r. j.* (44. 2) sucht er auf gezwungene Weise zu entkräften (S. 296). Die scheinbaren Gründe, die er aus anderen Stellen für seine Behauptung anführt (insbesondere bei der Alimentenklage S. 305 und bei der pignoris capio S. 308) können erst weiter unten widerlegt werden (§ 298).

daß die Praxis des K. Sächsischen Oberappellationsgerichts zu Dresden mit der hier aufgestellten Lehre völlig übereinstimmt. Diese Übereinstimmung erhellt aus den nachstehenden Regeln, die in dem erwähnten Gerichtshof befolgt werden.

Decisive Sätze, welche in die Entscheidungsgründe aufgenommen worden sind, der Sache nach aber die nothwendige Unterlage der Entscheidung (also integrirende Theile derselben) bilden, erlangen mit der Entscheidung Rechtskraft.

Sätze, die in den Rationen ausdrücklich zu Motivirung der Abweisung aufgestellt worden sind, oder dem Zusammenhange nach bei der Entscheidung stillschweigend vorausgesetzt seyn müssen, gehen mit der Entscheidung selbst in Rechtskraft über.

Wegen der Entscheidungsgründe kann daher gegen das Urthel appellirt werden, so lange oder so weit noch eine Appellation gegen das Urthel zulässig ist.

§. 294.

Genauere Bestimmung des Inhalts. Rechtskraft der Gründe. Preußisches Recht.

Im Preußischen Prozeßrecht ist die Rechtskraft des Urtheils in einigen so allgemein gefaßten Stellen anerkannt (a), daß daraus die unzweifelhafte Absicht hervorgeht, nur den Bestand des vorgefundenen gemeinen Rechts in diese Lehre aufzunehmen, und ferner gelten zu lassen.

Was aber insbesondere die Rechtskraft der Gründe betrifft, so findet sich eine Gesetzstelle, welche auf den

(a) A. G. O. Einleitung § 65. 66 und I. 16 § 1.

ersten Blick diese Rechtskraft unbedingt auszuschließen, und insbesondere auch auf den Ort, wo sich ein richterlicher Ausspruch findet, den größten Werth zu legen scheint.

> Allg. Gerichtsordnung I. 13 § 38. Die Kollegia und Urtelsfasser müssen sorgfältig Acht geben, daß überall die wirkliche Entscheidung und deren Gründe deutlich von einander unterschieden, und nicht etwa, das zu der erstern gehört, in die letzteren, noch auch umgekehrt, mit eingemischt werde, indem bloße Entscheidungsgründe niemals die Kraft eines Urtels haben sollen (b).

Indessen bleibt dabei der Begriff der Gründe noch ganz unentschieden, und besonders läßt der Ausdruck: bloße Entscheidungsgründe, dem Gedanken Raum, daß hier verschiedene Arten von Gründen als denkbar vorausgesetzt

(b) Die Materialien zur Allg. Gerichtsordnung geben über die Entstehung und den Sinn dieser Stelle gar keinen Aufschluß. Das von der Hand von Suarez geschriebene Concept (Band 15 fol. 44) ist mit dem gedruckten Text wörtlich gleichlautend. Das gedruckte Corpus j. Frid. von 1781 Tit. 13 § 11 stimmt eben so überein bis auf Kleinigkeiten (z. B. maaßen anstatt indem). Ein früherer Entwurf von der Hand von Suarez stimmt gleichfalls wesentlich überein, nur mit etwas mehr wörtlichen Verschiedenheiten, z. B. mit eingemischten lateinischen Ausdrücken, wie distinguiret, *vice versa* (B. 5 fol. 61; es ist daselbst Tit. 14). Ein noch älterer Entwurf von Carmer (1775) hat eine solche Bestimmung noch gar nicht (B. 2 fol. 75—77; es ist daselbst das Cap. XVII.). — Eine ganz ähnliche Bewandniß hat es mit dem § 36. Dieser steht im Corpus J. Frid. 1781 Tit. 13 § 10 und hat gleichfalls nur geringe Verschiedenheiten von der A. G. O. („die bei der Sache etwa vorkommenden Präliminar- und Präjudicialfragen"). Der Entwurf von Suarez B. 5 fol. 61 sagt: „passus praeliminares et praejudiciales."

sein möchten, welches mit der oben aufgestellten Lehre ganz übereinstimmen würde (c).

Ganz besonders aber ist dabei eine kurz vorhergehende Gesetzstelle zu berücksichtigen, die bei dem Streit über die Rechtskraft meist übersehen zu werden pflegt.

Die Frage wegen der Rechtskraft der Gründe tritt mit praktischer Wichtigkeit besonders da hervor, wo neben dem eigentlichen Klagegrund gewisse Präjudicialfragen zu entscheiden sind, wohin insbesondere die sogenannten exceptiones litis finitae (z. B. Vergleich), und die sogenannte legitimatio ad causam gehören. Für die Behandlung solcher Fälle giebt das Preußische Prozeßgesetz folgende an sich zweckmäßige Vorschrift (d). Wenn die Präjudicialfrage wahrscheinlich leicht und schnell, die Hauptsache aber schwierig zu entscheiden ist, so wird zuerst die Präjudicialfrage allein instruirt und durch ein besonderes Urtheil entschieden; für diesen Fall kann kein Zweifel an der Rechtskraft der Entscheidung seyn. Wenn dagegen beide Fragen „ungefähr in gleichem Verhältniß stehen", so bleibt es bei der Regel: „Hauptsache und Exception werden zu gleicher Zeit instruirt und abgeurtelt" (e). Es fragt sich nun, wie dieses Letzte ausgeführt werden soll.

Nach der strengen Lehre Derjenigen, welche durchaus keine Rechtskraft der Gründe aufkommen lassen wollen,

(c) Schon ein neuerer Schriftsteller hat auf diesen Ausdruck aufmerksam gemacht. Koch Lehrbuch des Preuß. Rechts B. 1 § 199

(d) A. G. O. I. 10 § 62—81 b.

(e) A. G. O. I. 10 § 62 c. und § 63 verglichen mit § 68. Ganz eben so soll es gehalten werden, wenn die Hauptsache einfach und leicht, die Exception aber schwierig ist; außer wenn es in diesem Fall

müßte das Urtheil Nichts enthalten, als allein die Verurtheilung, oder die Freisprechung; die Überzeugung, die der Richter über die Präjudicialfragen gewonnen hätte, wäre für ihn blos ein Beweggrund der Entscheidung, käme nicht in das Urtheil, würde nicht rechtskräftig, und wäre nicht Gegenstand eines möglichen Rechtsmittels (f). Gesetzt nun, es fände sich über diese Frage gar keine gesetzliche Vorschrift, so müßte es doch für höchst bedenklich gehalten werden, wenn der Umfang der in jedem einzelnen Rechtsstreit eintretenden Rechtskraft von ganz zufälligen Umständen abhängig gemacht werden sollte. Nichts kann nämlich zufälliger seyn, als die dem subjectiven Ermessen des Richters überlassene Vermuthung, daß eine Präjudicialfrage leichter, als die Hauptsache, entschieden werden könne. Wenn der Richter dieser Vermuthung Raum giebt, wird über die Präjudicialfrage ein besonderes Urtheil gesprochen, das dann unzweifelhaft rechtskräftig wird; sollte nun wohl die Rechtskraft blos deswegen nicht eintreten, weil zufällig der Richter jene Vermuthung nicht gelten läßt, und daher kein besonderes Urtheil über die Präjudicialfrage spricht?

In der That aber findet sich über jene Frage, nämlich über die Behandlung des Falles eines gleichzeitigen Urtheils über die Präjudicialpunkte und die Hauptsache, folgende ausführliche Vorschrift:

gelingt, in der Hauptsache sogleich eine rechtskräftige Abweisung zu bewirken, weil dadurch die Verhandlung über die Exception ohnehin entbehrlich wird.

§ 64—67.

(f) Daß die Sache in der neuesten Zeit in dieser buchstäblichen Strenge aufgefaßt worden ist, wird unten nachgewiesen werden.

Allg. G. O. I. 13 § 36.

In dem Urtel selbst müssen zuvörderst die bei der Sache sich findenden, vorläufigen und Präjudicialfragen, wohin auch die Incidentpunkte gehören, abgemacht, und bei jedem Punkte die Gründe der Entscheidung beigefügt; sodann zur Decision der Hauptsache übergegangen; wenn auch diese aus mehreren Punkten besteht, bei jedem derselben die Entscheidung besonders festgesetzt, und die Gründe dafür sofort angehängt werden (vgl. Note b.)

Hier ist also ausdrücklich vorgeschrieben, daß Aussprüche, die nicht unmittelbar die augenblickliche Erledigung des vorliegenden Streites durch Verurtheilung oder Freisprechung enthalten, die daher nach dem üblichen Verfahren der Gerichte nicht in das Urtheil, sondern blos in die Entscheidungsgründe gesetzt zu werden pflegen, daß diese Aussprüche dennoch in das Urtheil selbst aufgenommen und dadurch der Rechtskraft unzweifelhaft unterworfen werden sollen.

Ich kann in dieser Gesetzstelle nur die bestimmte Anerkennung des oben aufgestellten Grundsatzes über die Rechtskraft der (objectiven) Gründe des Urtheils finden. Der einzige Zweifel, den man gegen die Richtigkeit dieser Auslegung des angeführten Gesetzes erheben könnte, möchte darin bestehen, daß das Gesetz vielleicht den Ausdruck: Präjudicialfragen in irgend einem engeren Sinn genommen hätte. Ich verstehe darunter alle Fragen überhaupt, wodurch, unabhängig von dem eigentlichen Klage-

grund, eine endliche Entscheidung der ganzen Sache herbeigeführt werden kann, so daß dann eine Prüfung der Wahrheit, oder Unwahrheit des Klagegrundes unnöthig wird. Es gehören dahin die sogenannten exceptiones litis finitae, aber eben so auch die sogenannten exceptiones litis ingressum impedientes, ferner die exceptio deficientis legitimationis ad causam, und andere mehr. Von allen diesen wird ausdrücklich gesagt, daß sie ganz auf gleiche Weise behandelt werden sollen, und zwar nach dem oben aufgestellten Unterschied (g). Sind sie schneller, als die Hauptsache, spruchreif zu machen, so wird über sie durch ein besonderes Urtheil entschieden, das also jedem möglichen Urtheil über den Klagegrund vorhergeht (h). Stehen sie mit der Hauptsache „ungefähr in gleichem Verhältniß", so werden sie mit der Hauptsache zugleich abgeurtelt, und auf die Einrichtung des Urtheils in diesem Falle geht eben der oben mitgetheilte § 36, der also den Ausdruck: Präjudicialfragen, in der größten denkbaren Ausdehnung nimmt (i).

(g) Über diese, nach der Vorschrift des Gesetzes völlig gleichartige Behandlung aller hier aufgezählten Fälle lassen keinen Zweifel die § 79—81 b. (G. O. I. 10), verglichen mit § 62—78 b.

(h) Gerade aus diesem Umstand, daß über solche Fragen abgesondert und vorhergehend verhandelt und entschieden wird, oder doch werden kann, erklärt und rechtfertigt sich die allgemeine Bezeichnung derselben als Präjudicialfragen.

(i) Im § 81 a. heißt die legitimatio ad causam ein Präjudicialpunkt, und das Marginale: Andere Präjudicialpunkte bei § 81 b. sagt deutlich genug, daß alle vorhergehenden Fälle als Präjudicialpunkte angesehen werden, wozu auch der Name vollkommen paßt. Über den Ausdruck: Präjudicialfragen oder

Wollte man etwa eine Widerlegung dieser Auslegung des Gesetzes aus dem Umstande hernehmen, daß in der Praxis die Urtheile anders abgefaßt werden, als es nach dieser Auslegung des § 36 geschehen müßte, so könnte ich diese Widerlegung nicht anerkennen. Ob die Praxis hierin von dem Gesetz abgewichen ist, ja ob sie vielleicht durch Gründe der Zweckmäßigkeit zu dieser Abweichung bestimmt seyn mag, ist für unsere Frage völlig gleichgültig. Es kommt dabei lediglich auf den wahren Sinn des Gesetzes selbst an, und aus diesem von mir festgestellten Sinn folgt, daß unser Prozeßgesetz die Rechtskraft der objectiven Gründe deutlich gedacht und gewollt hat. Es hat diese Rechtskraft sogar dadurch zu sichern gesucht, daß es solche Stücke, die in der That die objectiven Gründe in sich schließen, in die Urtheilsformel selbst aufzunehmen vorgeschrieben hat.

Ich will nun in chronologischer Ordnung zusammenstellen, welche Äußerungen der, auf dem Boden jener Gesetze erwachsenen Praxis zur öffentlichen Kunde gekommen

Präjudicialpunkte vgl. Bethmann-Hollweg Versuche S. 123 bis 137, und A. G. O. I. 5 § 29. — Ich habe geglaubt, diese Frage etwas ausführlich behandeln zu müssen, weil neuerlich eine willkührlich einschränkende Erklärung des § 36 versucht worden ist. Waldeck im neuen Archiv für Preußisches Recht, Jahrg. 7 (1841) S. 469 — 471. Er selbst giebt aber zu, daß die legitimatio ad causam zu den Präjudicialpunkten gehört (worüber der § 36 einen Ausspruch verlangt), und wenn diese ein Gegenstand des Urtheils, also rechtskräftig wird, so ist eigentlich schon die ganze Rechtskraft der Gründe im Prinzip anerkannt.

sind. Ich rechne dahin sowohl Urtheilssprüche der Gerichte, als Rescripte der höchsten Aufsichtsbehörde.

1. Urtheil des Geheimen Ober-Tribunals vom 22. August 1817 (k).

Ein Mühlenpächter hatte Erlaß von Pachtgeldern gefordert wegen gestörter Ausübung des gepachteten Rechts. Ein rechtskräftiges Urtheil hatte den Erlaß im Allgemeinen als begründet anerkannt, aber als Bedingung desselben die im Landrecht vorgeschriebene Legung einer Administrationsrechnung gefordert. Kläger konnte eine solche Rechnung nicht legen, klagte aber dennoch von Neuem auf Pachterlaß.

Zwei Urtheile wiesen die neue Klage ab wegen des rechtskräftigen früheren Urtheils. Das Revisionsurtheil änderte ab und sprach den Erlaß zu, indem es die Rechtskraft durch zwei Gründe beseitigte. Erstlich habe in dem früheren Prozeß der Beklagte selbst erklärt, es sey ihm gleichgültig, ob der Beweis durch Rechnung, oder auf andere Weise geführt werde. Zweitens widerspreche das rechtskräftige Urtheil sich selbst, indem es den Erlaß überhaupt für begründet erkläre, und doch noch an eine Bedingung knüpfe.

Auf den ersten Blick könnte man geneigt seyn, hierin eine freie Behandlung der Rechtskraft, und namentlich eine Anerkennung der Rechtskraft der Gründe zu finden. Ich

(k) Simon und Strampff Rechtssprüche B. 1 S. 62.

finde darin vielmehr eine wahre Verletzung der Rechtskraft, die ich für sehr bedenklich halte. Die in den Voracten enthaltene Erklärung einer Partei gehört nicht zu den Urtheilsgründen, und ihre Nichtachtung hätte höchstens ein Rechtsmittel rechtfertigen können. Ein innerer Widerspruch ist aber gewiß nicht vorhanden, wenn ein Anspruch zwar anerkannt, aber doch nur unter einer Bedingung (d. h. theilweise) anerkannt wird.

2. Rescript vom 18. Nov. 1823 (l) (Minister Kircheisen).

In dem Tenor eines abweisenden Urtheils brauche nicht der abgewiesene Antrag umständlich aufgenommen zu werden, „indem die beigefügten Entscheidungsgründe ... dem succumbirenden Theil jederzeit hierüber die erforderliche Belehrung geben."

Der Ausdruck Belehrung ist zwar nicht ohne Bedenken; dennoch scheint die richtige Ansicht vorausgesetzt, daß die Gründe einen wahren Bestandtheil des Urtheils ausmachen; denn nur unter dieser Voraussetzung geben die Gründe die erforderliche Belehrung, d. h. die Belehrung über die Frage, ob die Partei ein Rechtsmittel einzulegen hat.

3. Rescript vom 28. Juli 1835 (m) (Min. Mühler). Darin wird gesagt, das Erkenntniß bilde nur in Verbindung mit den Gründen ein Ganzes, ein wahres Urtheil.

(l) Kamptz Jahrbücher B. 22 S. 173.

(m) Kamptz Jahrbücher B. 46 S. 112.

Daher sey auch ein, auf einem gesetzwidrigen Grunde ruhendes Urtheil für nichtig zu erklären, selbst wenn dasselbe aus anderen Gründen gerechtfertigt erscheine, also in der letzten Entscheidung bestätigt werden müsse.

Dabei ist augenscheinlich die richtige Lehre vom Verhältniß der Gründe zum Urtheil vorausgesetzt.

4. Urtheil des Tribunals vom 1. Decbr. 1843 (n).

Ein Gutsherr hatte rückständige Laudemiengelder eingeklagt, der Beklagte hatte durch Widerklage Löschung der Hypothek auf diese Rückstände verlangt. Der Beklagte wurde rechtskräftig verurtheilt und mit der Widerklage abgewiesen. Nun klagte der vorige Beklagte auf Löschung der hypothekarisch eingetragenen Laudemialverpflichtung des Gutes selbst (nicht mehr einzelner Rückstände). Beide erste Richter wiesen die neue Klage zurück wegen der exceptio rei judicatae. In Folge einer Nichtigkeitsbeschwerde wurde deswegen abgeändert, weil das frühere Urtheil nur über einzelne Laudemialzahlungen, nicht über das Laudemialrecht selbst, rechtskräftig entschieden habe, so daß in den zwei ersten Urtheilen die (nicht rechtskräftigen) Gründe mit dem (rechtskräftigen) Urtheil verwechselt worden seyen.

In diesem Erkenntniß des Tribunals liegt ein ganz entschiedener Widerspruch gegen die oben aufgestellten Grundsätze über die Rechtskraft der Gründe.

(n) Koch, Schlesisches Archiv B. 5 S. 277 fg. Die Hauptstelle ist S. 283—285. Der Herausgeber hebt noch mehrere andere bedenkliche Seiten dieses Urtheils heraus.

5. Plenarbeschluß des Tribunals vom 23. Januar 1843 (o).

Der hier entschiedene Fall selbst gehört nicht unmittelbar in das Gebiet unsrer Frage. Allein in den Gründen wird ausdrücklich folgende Lehre aufgestellt. Wenn der Klagegrund und mehrere Einreden instruirt sind, und der Richter freisprechen will, so muß er das Urtheil hierauf beschränken, ohne dabei zu sagen, ob er die Klage für unbegründet, oder eine oder die andere Einrede für begründet hält. Sonst käme der Beklagte, der sich ja über Nichts zu beschweren habe, in die Lage, wenn der Kläger appellire, gleichfalls gegen die ihm nachtheiligen Gründe zu appelliren.

Hier ist recht augenscheinlich der oben (§ 293) dargestellte und getadelte Gesichtspunkt vorherrschend, nur leicht und schnell für den Augenblick abzuhelfen, unbekümmert um die Zukunft, besonders aber, so viel als möglich die Rechtsmittel zu verhüten. Die Einseitigkeit dieses Gesichtspunktes wird recht augenscheinlich, wenn man auf die Fälle Rücksicht nimmt, worin ein nach dieser Anweisung eingerichtetes Urtheil, in Ermangelung eingelegter Rechtsmittel, sogleich rechtskräftig wird, oder worin es von der höchsten Instanz gesprochen ist. Dann kann die, zur Ersparniß von Rechtsmitteln getroffene Vorkehrung dahin ausschlagen, daß künftig neue Prozesse entstehen, die durch eine richtig aus-

(o) Entscheidungen des O. Tribunals B. 9. S. 128 fg. Die Hauptstelle findet sich S. 132. 133.

gedehnte Rechtskraft für immer verhütet worden wären. Auch ist nicht einzusehen, wie die hier aufgestellte Lehre mit der oben angeführten Stelle der Gerichtsordnung (I. 13 § 36) vereinigt werden soll.

6. Plenarbeschluß des Tribunals vom 19. September 1845 (p).

Wenn ein Beklagter Einwendungen gegen das Klagerecht selbst hat, und daneben die Einrede der fehlenden Activlegitimation, so kann nach Umständen über diese Präjudicialeinrede besonders instruirt und erkannt werden. Wenn aber Dieses nicht geschieht, sondern beide Einwendungen gleichzeitig verhandelt werden, so soll (nach jenem Plenarbeschluß) die Präjudicialeinrede nicht in dem Tenor, sondern nur in den Gründen erwähnt werden, die Entscheidung darüber soll nicht rechtskräftig werden, und es soll dagegen kein Rechtsmittel zulässig seyn.

Gegen diese Entscheidung gelten dieselben Gründe, welche bereits gegen die vorhergehende geltend gemacht worden sind; ja es ist in ihr der Widerspruch mit der angeführten Stelle der A. G. O. (I. 13 §. 36) sogar noch unmittelbarer und augenscheinlicher.

7. Urtheil des Tribunals vom 26. Januar 1847 in Sachen Reste auf Malstow wider Ulrike Amalie Koltermann (aus handschriftlicher Mittheilung). In den Gründen dieses Urtheils kommt folgende Stelle vor, die mit der hier vorgetragenen Lehre vollkommen übereinstimmt:

(p) Entscheidungen des O. Tribunals B. 11 S. 118—122.

„Im Vorprozesse nämlich hat der Verklagte sich schon „auf den Erbschaftskaufvertrag vom 1. Juli 1842 ge„stützt, und diesen excipiendo gegen die Klägerin gel„tend gemacht. Der Revisionsrichter verwarf jedoch „den desfallsigen Einwand, indem er ausführte, wie „dieser Vertrag die Klägerin nicht beeinträchtigen „könne. Durch die Verwerfung, wenn sie auch blos „in den Urtelsgründen erfolgte, weil es sich um eine „Einrede handelte, erlosch die letztere; sie blieb zu „einer nachherigen Protestation eben so wenig, wie zu „einer neuen Klage geeignet. (cf. Wächter Hand„buch Bd. II. S. 558. 567.)"

Endlich ist auch noch anzugeben, welche Meinungen von Schriftstellern des Preußischen Rechts über die vorliegende Frage aufgestellt worden sind.

Grävell hat an mehreren Stellen seines Commentars über die Gerichtsordnung (q) Regeln über das Verhältniß der Präjudicialpunkte zum Urtheil selbst und zu dessen Rechtskraft aufgestellt, die wohl auf eine freiere Ansicht der Sache gedeutet werden können; allein seine Ausdrücke sind doch so wenig bestimmt und entschieden, daß ich es für ungewiß halte, ob dieser Schriftsteller mit der hier aufgestellten Lehre wirklich übereinstimmt, oder nicht.

(q) Grävell Comm. über die A. G. O. B. 1 S. 145, B. 2 S. 681. 685. 686.

Dagegen hat Koch sehr entschieden an mehreren Orten dieselbe Lehre über die Rechtskraft der Gründe aufgestellt, welche oben für das Preußische, wie für das gemeine Recht vertheidigt worden ist (r).

Zum Schluß dieser ganzen Untersuchung ist noch der Zusammenhang derselben mit einer, an sich sehr verschiedenen, Frage bemerklich zu machen, welche in neuerer Zeit mit Gründlichkeit und Scharfsinn nach beiden Seiten hin verhandelt worden ist, mit der Frage nämlich, wie in einem Richtercollegium abzustimmen ist; ob nach Gründen, oder vielmehr nach dem letzten Resultat (s). Im ersten

(r) Koch Lehrbuch des Preußischen Rechts B. 1 §. 199. 200, und: Juristische Wochenschrift 1837 S. 1—10, S. 21—34. Besonders entscheidend ist folgender Rechtsfall (S. 1. 2. 31. 32). Einer Klage auf verfallene Zinsposten war die exceptio non numeratae pecuniae entgegengesetzt worden; diese wurde verworfen, und der Beklagte wurde zur Zahlung der Zinsen verurtheilt. Nunmehr klagte der vorige Beklagte mit der condictio sine causa auf Herausgabe des Schuldscheins, und zwar aus demselben Grunde, den er früher als Einrede ohne Erfolg geltend gemacht hatte. Der erste Richter wies die Klage ab wegen des rechtskräftigen Urtheils, der Appellationsrichter reformirte, weil beide Klagen verschiedene Objecte gehabt hätten, und in dem ersten Prozeß das gegebene Darlehn zwar angenommen, aber nur in den Gründen, die nicht rechtskräftig würden, nicht in dem Tenor, ausgesprochen worden sey. — Koch tadelt dieses Urtheil mit Recht.

(s) Für die Abstimmung nach Gründen haben sich ausgesprochen: Ein Ministerial-Rescript von 1819; ein zweites von 1834; ein drittes von 1840; (Ergänzungen und Erläuterungen der Preußischen Rechtsbücher B. 8 Breslau 1843, zu G. O. I. 13 § 31, S. 314. 315. Justiz-Ministerialblatt 1841 S. 18 bis 24). Ferner: Göschel Zerstreute Blätter B. 1 S. 238. Koch Lehrbuch des Preußischen Rechts B. 1 §. 64. — Für die Abstim-

Falle muß aus den, durch die Mehrheit angenommenen, einzelnen Gründen das Resultat gezogen werden, auf die Gefahr hin, daß mit diesem Resultat an sich die Mehrheit vielleicht nicht zufrieden seyn würde. Im zweiten Falle müssen die Entscheidungsgründe aus allen, von den einzelnen Mitgliedern vorgebrachten Gründen so ausgesucht werden, wie sie zu dem gezogenen Resultat passen, auf die Gefahr hin, daß jeder dieser Gründe für sich von der Mehrheit mißbilligt werden möchte (t).

Es ist nicht meine Absicht, mich hier in die Prüfung dieser schwierigen und verwickelten Frage im Allgemeinen einzulassen, und dadurch den Gang unsrer Untersuchung zu unterbrechen: ich will nur den partiellen Zusammenhang nachzuweisen suchen, in welchem diese Frage mit der hier aufgestellten Lehre von der Rechtskraft der Gründe steht. Wenn diese Lehre richtig ist, d. h. wenn die objectiven Gründe wahre Bestandtheile des Urtheils sind, und mit demselben rechtskräftig werden sollen, so muß nothwendig über jeden objectiven Grund, nicht blos über Verurtheilung oder Freisprechung, besonders abgestimmt und entschieden werden, weil sonst die Rechtskraft dieser Gründe nicht von dem Collegium in seiner Mehrheit entschieden seyn würde. Es bleibt aber dabei noch unentschieden, ob vielleicht in

mung nach dem Resultat: Dorguth, Juristische Wochenschrift 1841 S. 153. 173. 625. 645. 647. 671, und Waldeck im neuen Archiv für Preußisches Recht, Jahrg. 7. (1841) S. 427—471.

(t) Dieses letzte Verfahren verlangt ausdrücklich Dorguth a. a. O. S. 159 N. 11.

Ansehung der subjectiven Gründe das entgegengesetzte Verfahren als richtig anzusehen seyn möchte (u).

§. 295.

Rechtskraft. II. Wirkungen. Einleitung.

Die bisher geführte Untersuchung ging darauf aus, die Bedingungen der Rechtskraft festzustellen; es bleibt nun noch übrig, die Wirkung derselben zu untersuchen (a).

In der Wirkung der Rechtskraft sind drei Stufen zu unterscheiden, welche in folgenden Rechtsinstituten erscheinen: Execution, actio judicati, Einrede der Rechtskraft.

Die beiden ersten Institute sind insofern von beschränkterer Anwendung, als sie nur bei verurtheilenden Erkenntnissen vorkommen, nicht bei freisprechenden, während das dritte (die Einrede) bei jeder Art von Erkenntnissen vorkommen kann. Ein größerer Unterschied aber, in Beziehung auf unsren besonderen Zweck, liegt darin, daß die zwei ersten Institute mehr zu dem Prozeßrecht zu rechnen sind, anstatt daß das dritte ganz dem materiellen Recht angehört, dessen Darstellung allein in unsrer Aufgabe liegt.

Die Execution ist im Fall eines verurtheilenden Erkenntnisses, wenn demselben nicht freiwillig Folge geleistet

(u) Allerdings habe ich selbst kein Bedenken, mich bei den subjectiven Gründen für dasselbe Verfahren, wie bei den objectiven, zu erklären. Dieses würde z. B. zur Anwendung kommen, wenn etwa die Beweiskraft einzelner Zeugen oder Urkunden aus verschiedenen Gründen bestritten werden sollte.

(a) Der Zusammenhang dieser verschiedenen Fragen ist oben, am Ende des §. 283, angegeben worden.

wird, die nächste und fühlbarste Wirkung der Rechtskraft. Sie hat jedoch keinen anderen Zweck, als den, dem richterlichen Ausspruch durch äußere Macht sichere Geltung zu verschaffen, und gehört also als letztes Glied in die Reihe der Prozeßhandlungen (b). Eine Einwirkung auf das materielle Recht, durch Veränderung der Rechtsverhältnisse, liegt darin nicht, und wenn eine solche Veränderung durch Veranlassung der Execution dennoch eintritt, so liegt der Grund nicht sowohl in der Natur und Bestimmung derselben, als in zufälligen Umständen. Für viele Verpflichtungen nämlich, die das verurtheilende Erkenntniß dem Beklagten auferlegen kann, ist ein unmittelbarer Zwang gar nicht möglich, und es müssen dann entweder indirecte Zwangsmittel angewendet, oder Surrogate aufgesucht werden, um so durch Umwege dem Urtheil eine annähernde Ausführung zu verschaffen (c).

(b) Aus den Quellen des Römischen Rechts gehört dahin ein großer Theil des Digestentitels **de re judicata** (42. 1), insbesondere die Bestimmungen über das **tempus judicati** (L. 7, L. 4 § 5, L. 29 **de re jud.** u. s. w.), so wie die über das **pignus in causa judicati captum.**

(c) Die Herausgabe einer vom Beklagten besessenen Sache kann unmittelbar erzwungen werden; eben so, durch Abpfändung und Verkauf, die Zahlung einer Geldsumme. Nicht so, wenn zur Vollziehung des Urtheils eine freie Thätigkeit des Beklagten erforderlich ist; in diesem Falle bleibt Nichts übrig, als indirecter Zwang, z. B. durch persönliche Haft, oder Verwandlung des ursprünglichen Gegenstandes in eine Geldzahlung durch **aestimatio**, die im R. R. in sehr ausgedehnter Weise vorkommt. Hierüber sind von jeher in der Theorie und Praxis sehr verschiedene Regeln angenommen worden. Vgl. Wächter Heft 2 S. 14—33.

Etwas, aber nicht viel, anders verhält es sich mit der Actio judicati. Allerdings enthält diese insofern ein neues materielles Rechtsinstitut, als ihr eine eigenthümliche Obligation zum Grunde liegt, welche jedoch selbst nur die Entwicklung und Vollendung der, durch die Litiscontestation begründeten Obligation ist (d). Indessen hat diese Obligation keinen anderen Stoff, als die Execution, und so ist sie selbst doch eigentlich nur eine andere Form der Execution, mit welcher sie daher die wesentlich prozessualische Natur theilt (e). — So haben denn auch die meisten Eigenthümlichkeiten, die man als Privilegien dieser Klage bezeichnen kann, eine überwiegend prozessualische Beschaffenheit (f). Eine derselben, die ganz in das materielle Recht gehört, muß jedoch noch besonders hervorgehoben werden: diese betrifft die Urtheilszinsen.

(d) S. o. § 258 S. 32. 33. Viele Stellen, die von dieser Obligation handeln, sind zusammengestellt bei Keller S. 199 Note 3.

(e) Ein großer Theil des Digestentitels de re judicata (42. 1) handelt von der actio judicati, deren allgemeine Natur in folgenden Stellen angegeben wird: L. 4. 5. 6. 7. 41 § 2. 43. 44. 61 *de re jud.* (42. 1). Bei den neueren Juristen ist oft noch neben dieser Klage von einer besonderen imploratio officii judicis die Rede, die aber im Grunde immer wieder die actio judicati ist, wenn sie auch vielleicht weniger förmlich erscheint. Vgl. Buchka B. 2 S. 214. — Anders freilich verhält es sich in der besonderen Prozeßgesetzgebung mancher Länder, worin verschiedene Stufen dieser Rechtsverfolgung vorgeschrieben sind. So in der Preußischen Allg. Gerichtsordnung Th. 1 Tit. 24 § 3 Tit. 28 § 14.

(f) Dahin gehört im älteren Recht die Strafe der doppelten Zahlung bei Ableugnung des Urtheils, ferner die manus injectio, die satisdatio, ein besonderes vadimonium. Gajus IV. § 9. 21. 25. 102. 186.

Wenn nämlich das Urtheil dem Beklagten eine Geldzahlung auferlegt, so ist es denkbar, daß er von dieser Summe vor dem Urtheil Vertragszinsen, Verzugszinsen, Prozeßzinsen, oder auch gar keine Zinsen zu zahlen hatte. Es entsteht nun die Frage, ob das rechtskräftige Urtheil auf die Zinsverpflichtung, je nach diesen verschiedenen Fällen, irgend einen abändernden Einfluß ausübt für die künftige Zeit. Das Römische Recht ist in der Beantwortung dieser Frage lange schwankend gewesen; die Entscheidung des Justinianischen Rechts ist aber nicht zweifelhaft (g). Von dem Augenblick des rechtskräftigen Urtheils an ist aller bisherige Zinsenlauf gehemmt, und diese Begünstigung des Beklagten, die ihm die freiwillige Erfüllung des Urtheils erleichtern soll, dauert vier Monate. Hat er innerhalb dieses Zeitraums nicht gezahlt, so wird nicht etwa der frühere Zinsenlauf fortgesetzt, sondern es entstehen, ohne daß es einer Mahnung bedarf, neue Zinsen, welche stets zwölf Procente (centesimae) betragen, jedoch nur von der früheren Kapitalschuld, nicht von früheren Zinsen, bezahlt werden müssen. — Diese ganz eigenthümliche, sehr willkührliche Vorschrift ist indessen nach dem übereinstimmenden Zeugniß der bewährtesten praktischen Schriftsteller im heutigen Recht nicht anerkannt worden (h). Es bleibt also nunmehr bei einem unveränderten Fortgang der früher lau-

(g) *L.* 13 *C. de usur.* (4. 32). *L.* 1. 2. 3 *C. de us. rei jud.* (7. 54).

(h) Voetius Lib. 22 Tit. 1 § 11, Struyk ibid. § 13. Lauterbach ibid. § 22.

fenden Zinsen, insbesondere der Prozeßzinsen, wo solche zur Anwendung kommen, auch nachdem ein rechtskräftiges Urtheil ergangen ist.

Unter den drei oben angegebenen Wirkungsarten der Rechtskraft bleibt jetzt noch die letzte zur näheren Betrachtung übrig: die exceptio rei judicatae, oder die Einrede der Rechtskraft. Von dieser ist schon oben nachgewiesen worden, daß die historische Entwicklung der Rechtskraft sich hauptsächlich an sie, als ihren eigentlichen Mittelpunkt, angeknüpft hat (§ 281 fg.). Durch sie sollte vorzugsweise die Fiction der Wahrheit des rechtskräftigen Urtheils praktisch durchgeführt werden, oder mit anderen Worten, es sollte durch sie bewirkt werden, daß niemals der Inhalt eines Urtheils mit dem Inhalt eines früheren rechtskräftigen Urtheils in Widerspruch trete. Allerdings theilte sie in früherer Zeit diesen Beruf mit anderen verwandten Rechtsinstituten (i); als aber diese allmälig verschwanden, diente sie allein zu jenem wichtigen Zweck, so daß sie im neuesten Recht eine noch höhere Stufe der Wichtigkeit eingenommen hat, als in der früheren Zeit.

Diese Einrede kann begründet werden sowohl durch eine Freisprechung, als durch eine Verurtheilung, hat also insofern eine weitere Wirkungssphäre, als die Execution

(i) Nämlich mit der, schon in der Litiscontestation liegende Consumtion der Klage, wodurch manche Klagen ipso jure zerstört, andere vermittelst einer exceptio rei in judicium deductae entkräftet wurden (§ 281).

und die actio judicati, da diese nur aus einer Verurtheilung entspringen können. — Aus der Freisprechung entspringt diese Einrede zum Vortheil des Beklagten, welcher dadurch gegen jede neue Klage geschützt wird, wodurch der Erfolg jener Freisprechung gefährdet werden könnte. — Aus der Verurtheilung kann sowohl der Kläger, als der Beklagte, einen Anspruch auf jene Einrede erwerben. Der Kläger, wenn durch eine neue Klage der frühere Beklagte ein Recht geltend zu machen versucht, welches mit der rechtskräftigen Verurtheilung im Widerspruch steht (§. 287). Der Beklagte, wenn er aus dem früher abgeurtheilten Recht von Neuem in Anspruch genommen wird, und zwar über die Gränzen der rechtskräftigen Verurtheilung hinaus (§ 286).

Die Einrede der Rechtskraft steht in Verwandtschaft mit einigen anderen Rechtsinstituten, die mehr oder weniger ähnliche Natur mit ihr haben. — Dahin gehört zunächst die exceptio pacti und jurisjurandi, indem ein Rechtsstreit eben sowohl durch Vertrag oder Eid, als durch rechtskräftiges Urtheil, zu Ende geführt werden kann. In allen diesen Fällen ist es gleich unzulässig, durch eine neue Klage mit einer solchen Beendigung in Widerspruch zu treten, und damit Dieses nicht geschehe, sind eben jene drei Einreden aufgestellt worden. Bei jeder derselben kann es in Frage kommen, ob auch wirklich die neue Klage dieselbe ist, worauf sich die frühere Beendigung bezog, und bei der Erörterung dieser oft schwierigen Frage kann nicht

selten die Vergleichung einer dieser Einreden mit den anderen gute Dienste thun. Ein durchgreifender Unterschied aber zwischen diesen drei Einreden besteht darin, daß die exceptio pacti und jurisjurandi schon im jus gentium anerkannt sind, welches von der exceptio rei judicatae, als einem Institut des blos positiven Rechts, nicht behauptet werden kann (§ 249. c).

Eine fernere Verwandtschaft hat diese Einrede mit der oben abgehandelten Concurrenz der Klagen (§ 231 fg.).

Der Grundsatz der Concurrenz soll verhindern, daß der durch eine Klage geforderte und *zuerkannte* Gegenstand noch einmal gefordert werde; der Grundsatz unsrer Einrede soll verhindern, daß der, im frühern Rechtsstreit geforderte und *abgesprochene* Gegenstand ferner gefordert werde. Insofern wird bei diesen beiden Rechtsinstituten ein gerade entgegengesetzter früherer Erfolg vorausgesetzt. Ihre Verwandtschaft aber besteht in der Voraussetzung einer gewissen *Identität* des ersten und zweiten Rechtsstreits. Indessen ist diese Verwandtschaft doch mehr scheinbar, als wahr, wenn man die Einrede der Rechtskraft in ihrer neuesten Gestalt (der positiven Function) auffaßt, indem bei dieser die Identität eine ganz andere Bedeutung hat, als in der Lehre von der Concurrenz. Der Grundsatz der Concurrenz kann den Gebrauch einer neuen Klage ausschließen, auf deren Verhältniß zu der früheren Klage die Einrede der Rechtskraft gar nicht anwendbar seyn würde, und eben so kann auch umgekehrt diese Einrede eine neue

Klage in ſolchen Fällen ausſchließen, auf welche der Grundſatz der Concurrenz gar keine Anwendung findet. Manche Schriftſteller haben dieſen Umſtand überſehen, und daher beide Inſtitute in eine ihrer Natur nicht angemeſſene Verbindung zu bringen geſucht (k).

Der Zweck und Erfolg der Einrede der Rechtskraft läßt ſich einfach dahin beſtimmen, daß ſie auf Entkräftung jeder Klage geht, die mit dem Inhalt eines früheren rechtskräftigen Urtheils in Widerſpruch zu treten verſucht. — So, wie alle anderen Exceptionen, kann auch dieſe in Geſtalt einer Replication oder Duplication geltend gemacht werden, wenn die Lage des Rechtsſtreits dazu Gelegenheit darbietet. In ſolchen Fällen wird dadurch nicht die Klage des Gegners, ſondern deſſen Exception oder Replication entkräftet. Man kann daher für alle dieſe Fälle die gemeinſame Formel ſo ausdrücken: Es ſoll dadurch jederzeit der *Anſpruch* des Gegners entkräftet werden, welcher mit einem rechtskräftigen Urtheil in Widerſpruch treten würde.

Nach dieſen Vorbemerkungen bleibt noch der wichtigſte Punkt zu erörtern übrig: unter welchen *Bedingungen* die Einrede der Rechtskraft anwendbar iſt. Auf dieſe Frage wird ſich der ganze noch übrige Theil der gegenwärtigen Abhandlung beziehen.

(k) S. o. § 231 p. — Mehr wirkliche Verwandtſchaft beſtand noch zwiſchen der Concurrenz und der exceptio rei judicatae in ihrer älteren Geſtalt (der negativen Function).

§. 296.

Einrede der Rechtskraft. Bedingungen. — Uebersicht. Dieselbe Rechtsfrage.

Die Frage nach den Bedingungen dieser Einrede hat folgende Bedeutung. Wenn in einem gegenwärtigen Rechtsstreit die Einrede aus der rechtskräftigen Entscheidung eines früheren Rechtsstreits gebraucht wird um die neue Klage zu entkräften, so soll das Verhältniß festgestellt werden, in welchem der erste zu dem zweiten Rechtsstreit stehen muß, damit die Einrede diese Wirkung haben könne.

Über diese Frage finden wir in folgenden zwei Stellen des Ulpian einen großentheils wörtlich gleichlautenden Ausspruch, merkwürdigerweise jedesmal mit Berufung auf das Zeugniß des Julian.

L. 3 *de exc. r. j.* (44. 2). Julianus lib. 3 Dig. respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur.

L. 7 § 4 *eod.* Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii (a).

In beiden übereinstimmenden Stellen wird zur Anwendbarkeit der Einrede ein zweifaches Verhältniß der Identität zwischen dem ersten und zweiten Rechtsstreit erfordert: die

(a) In derselben Stelle heißt es, wenige Zeilen vorher, *(L.* 7 § 1 *eod.)*: „Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi, *quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est.*“

jetzt zu entſcheidende Rechtsfrage ſoll dieſelbe ſeyn, welche ſchon früher entſchieden worden iſt, und die Perſonen, die jetzt ſtreiten, ſollen dieſelben ſeyn, welche den früheren Rechtsſtreit geführt haben.

Man kann Beides kurz als objective und ſubjective Identität bezeichnen. Zunächſt ſoll nun die erſte, die Identität der Rechtsfrage, genau beſtimmt werden.

Was in den angeführten beiden Stellen als eadem *quaestio* bezeichnet wird, heißt in manchen anderen Stellen eadem *res* (b). Es iſt einleuchtend, daß dieſer letzte Ausdruck weit unbeſtimmter iſt, als der erſte, indem es bei der großen Vieldeutigkeit des Wortes rēs ungewiß bleibt, ob vielleicht eine Übereinſtimmung in dem äußern Gegenſtand, oder in dem Namen, oder in der Formel beider Klagen gemeint ſeyn möge. Der Ausdruck quaestio dagegen deutet geradezu auf die in beiden Klagen der richterlichen Prüfung und Entſcheidung vorliegende Rechtsfrage, legt alſo dem zweiten Richter die Pflicht auf, den Inhalt des frü-

(b) *L.* 7 *pr. de exc. r. j. (Ulp.), L.* 14 *pr. eod. (Paul.), L.* 27 *eod. (Nerat.).* — Derſelbe Ausdruck findet ſich in *L.* 5 *eod.*; allein dieſe Stelle ſpricht in der That nicht von unſerer Einrede, ſondern von folgender Frage. Bei einer beabſichtigten mandati actio hatte ſich der Kläger eine cautio judicio sisti verſprechen laſſen, und zwar vor der L. C. (vgl. *L.* 10 § 2, *L.* 13 *si quis* caut.). Er änderte nachher ſeine Abſicht, und ſtellte zu demſelben Zweck die a. negot. gest. an. Wenn nun der Beklagte ausblieb, ſo fragte es ſich, ob die für eine andere Klage verſprochene Caution dennoch verfallen ſey. Ulpian bejaht dieſe Frage, weil es eadem res ſey. Vgl. Buchka B. 1 S. 97. — Dennoch kann die Aufnahme dieſer Stelle in unſeren Digeſtentitel nicht getadelt werden, da für die Exception das Daſeyn der eadem res eben ſo, und in demſelben Sinn, wie für die Caution, erfordert wurde.

heren Urtheils zu beachten und zu befolgen. Diese größere Bestimmtheit des Ausdrucks ist nicht nur an sich eine wesentliche Verbesserung, sondern sie enthält zugleich ein unverkennbares Zeichen, daß man sich, indem man diesen Ausdruck wählte, der neueren Entwicklung unsres Rechtsinstituts (der positiven Function der exceptio rei judicatae) deutlich bewußt geworden war.

Allerdings wurde auch bei der älteren Gestalt jener Exception (der negativen Function) eine gewisse Identität beider Klagen erfordert; allein diese hatte dabei eine nicht wenig verschiedene Bedeutung, indem vorzugsweise auf die übereinstimmende Intentio beider Klagen (nicht auf den Inhalt des Urtheils) gesehen wurde, wovon in dem neuesten Recht ohnehin nicht mehr die Rede seyn könnte (c).

Zunächst ist also das Daseyn derselben Rechtsfrage (die objective Identität), als erste Bedingung für die Einrede der Rechtskraft, genau zu bestimmen. Diese Bedingung schließt zwei entgegengesetzte Regeln in sich, deren Sinn vorläufig festzustellen und durch Beispiele anschaulich zu machen ist.

I. Soweit beide Klagen auf einer verschiedenen Rechtsfrage beruhen, darf die Einrede der Rechtskraft

(c) Dieser Punkt ist von Keller § 33 mit großer Sorgfalt, und mit Beachtung der nöthigen Einschränkungen behandelt worden. — Von demselben Schriftsteller wird S. 272 — 275 ausgeführt, daß eadem quaestio mit der eigenthümlichen Natur der Einrede in ihrer positiven Function in Verbindung steht.

nicht angewendet werden, auch wenn ein Schein von Uebereinstimmung vorhanden seyn sollte. Erläuternde Anwendungen sind folgende.

Die Entscheidung einer Besitzklage begründet niemals die Einrede der Rechtskraft für die künftige Eigenthumsklage (d), und eben so auch umgekehrt. Man könnte versucht seyn, das Eigenthum als das größere, den Besitz als das geringere Recht an der Sache anzusehen, folglich den Besitz als Bestandtheil des Eigenthums; diese Auffassung aber würde ganz irrig seyn. Beide Rechte sind vielmehr ganz ungleichartig (e), so daß die Bejahung des einen mit der Verneinung des andern niemals im Widerspruch steht.

Wird eine confessorische Klage auf iter abgewiesen, später eine confessorische Klage auf actus angestellt, so steht die Einrede nicht entgegen (f). Zwar umfaßt der actus unter andern auch alle einzelnen im iter enthaltenen Befugnisse; dennoch sind es Servituten verschiedener Art und Benennung, deren jede also, unabhängig von der anderen, durch ein Rechtsgeschäft besonders begründet werden kann.

Die Abweisung der Eigenthumsklage hindert nicht die spätere Anstellung einer Condiction auf dieselbe Sache, obgleich beide Klagen denselben äußeren Zweck haben, nämlich dem Kläger diese Sache zu verschaffen (g).

Die Abweisung einer durch Dolus bedingten Klage hindert nicht die spätere Anstellung der Aquilischen Klage,

(d) *L.* 14 § 3 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(e) *L.* 12 § 1 *de adqu. vel am. poss.* (41. 2).

(f) *L.* 11 § 6 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(g) *L.* 31 *de exc. r. jud.* (44. 2).

weil diese schon durch bloße Culpa begründet werden kann (h).

II. Soweit dagegen beide Klagen auf derselben Rechtsfrage beruhen, ist die Einrede der Rechtskraft anzuwenden, auch wenn ein Schein von Verschiedenheit vorhanden seyn sollte.

Um diese wichtige, und in manchen Beziehungen schwierige, Regel in das wahre Licht zu setzen, sollen zuerst die einfachsten Fälle betrachtet werden, die Fälle, in welchen an dem Daseyn unbedingter Uebereinstimmung kein Zweifel denkbar ist. Dann ist zu untersuchen, welche einzelnen Bestandtheile jener unbedingten, vollständigen Uebereinstimmung etwa fehlen dürfen, ohne die Annahme der für unsren Zweck erforderlichen Uebereinstimmung aufzuheben, also ohne für die Anwendbarkeit der Einrede der Rechtskraft ein Hinderniß darzubieten. In solchen Fällen wird ein bloßer Schein der Verschiedenheit vorhanden seyn, bei wesentlicher Gleichheit.

Ich will zwei Fälle aufstellen, in welchen die Uebereinstimmung beider Klagen keinem auch nur scheinbaren Zweifel unterworfen seyn kann.

Die auf ein Landgut aus dem Grund der Ersitzung angestellte Eigenthumsklage wird rechtskräftig abgewiesen. In der Folge wiederholt derselbe Kläger gegen denselben Beklagten die Eigenthumsklage aus demselben Erwerbungs-

(h) *L.* 13 *pr. de lib. causa* (40. 12).

grunde. — Eine Darlehnsklage auf Hundert wird rechtskräftig abgewiesen, und später gegen denselben Beklagten wiederholt. — In beiden Fällen ist die spätere Klage von der früheren in keiner Beziehung verschieden; sie ist eine reine, einfache Wiederholung derselben, und die Anwendbarkeit der Einrede der Rechtskraft kann daher keinem Zweifel unterliegen.

Es ist jedoch keineswegs erforderlich, daß die Übereinstimmung alle hier angegebenen Voraussetzungen umfasse; sie kann in mehreren derselben fehlen, und dennoch als wahre Uebereinstimmung gelten, also auch die Einrede der Rechtskraft begründen. Alles kommt darauf an, daß in jedem einzelnen Fall die oben aufgestellten Grundbedingungen jener Einrede wirklich vorhanden sind, nämlich: dieselbe Rechtsfrage, und dieselben Personen.

Ich will eine vorläufige Übersicht der möglichen Verschiedenheiten beider Klagen geben, welche nicht als nothwendige Hindernisse für die Anwendung unsrer Einrede zu betrachten sind.

1. Der zweite Rechtsstreit kann über eine Klage von anderem Namen und anderer Natur geführt werden, als der erste. (Ungleichartige Klage).
2. Die Parteirollen können in dem zweiten Rechtsstreit verwechselt seyn, so daß der frühere Kläger jetzt als Beklagter auftritt.
3. Das Recht, welches in der einen Klage der Hauptgegenstand des Streites ist, kann in der anderen als

bloße Bedingung eines anderen, eigentlich verfolgten Rechts zur Sprache kommen (als Legitimationspunkt).

4. Der äußere Gegenstand kann in beiden Klagen verschieden seyn.
5. Der juristische Gegenstand kann in beiden Klagen verschieden seyn.
6. Das bestrittene Recht kann in beiden Klagen aus verschiedenen Entstehungsgründen abgeleitet werden.

Die hier aufgestellte Behauptung geht also dahin, daß die Übereinstimmung der Rechtsfrage (eadem quaestio) für die Anwendbarkeit der Einrede der Rechtskraft allein entscheidend ist, und daß daneben andere, wenn auch sehr scheinbare, Verschiedenheiten beider Klagen nicht in Betracht kommen. Diese Behauptung aber steht in dem engsten Zusammenhang mit der oben aufgestellten Lehre von den (objectiven) Gründen des Urtheils, als wesentlichen, untrennbaren Bestandtheilen desselben, auf welche sich die Rechtskraft des Urtheils selbst mit erstreckt. In der Auffassung der Römischen Juristen erscheinen beide Behauptungen als zusammenhangende Stücke eines und desselben Grundsatzes, und auch bei den neueren Schriftstellern bewährt sich dieser innere Zusammenhang darin, daß fast überall beide Fragen gleich richtig oder gleich irrig aufgefaßt zu werden pflegen (i).

(i) Derselbe innere Zusammenhang bewährt sich in der Behandlung beider Gegenstände, wie sie in der Praxis und in der Literatur des Preußischen Rechts wahrzunehmen ist. Vgl. Koch Lehrbuch B. 1 § 200.

Daß in der That diese Behauptung dem Römischen Recht entspricht, soll nunmehr für die aufgestellten Klassen der Verschiedenheiten, durch welche die Einrede der Rechtskraft nicht ausgeschlossen wird, im Einzelnen nachgewiesen werden.

§. 297.

Einrede der Rechtskraft. Dieselbe Rechtsfrage.

1. Ungleichartige Klage.

Der Umstand, daß die zweite Klage einen anderen Namen führt, als die erste, ist niemals ein Hinderniß für die Anwendung der Einrede.

Diese Regel ist geradezu ausgesprochen in einer der oben angeführten Hauptstellen über die Bedingungen unsrer Einrede (§ 296).

L. 7 § 4 *de exc. r. j.* (44. 2) . . , exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, *vel alio genere judicii* (a).

Ein erläuterndes Beispiel der Anwendung dieser Regel würde etwa folgendes seyn. Wenn Jemand seine Sache einem Anderen als Pfand, oder Commodat, oder Depositum hingiebt, und der Empfänger diese Sache beschädigt, so hat der Geber die Wahl, ob er mit der Contractsklage oder mit der Aquilischen Klage Entschädigung fordern

(a) Ganz eben so sagt *L.* 5 *cod.* „etsi diverso genere actionis.“ Es ist jedoch von dieser Stelle schon oben bemerkt worden, daß sie nicht unmittelbar von der Einrede der Rechtskraft spricht (§ 296. a).

will. Iſt aber eine dieſer Klagen abgewieſen, weil der Richter keine Beſchädigung annimmt, ſo iſt auch der Gebrauch der anderen Klage durch die Einrede der Rechtskraft ausgeſchloſſen.

Eine ſolche Entſcheidung findet ſich nun wirklich in mehreren einzelnen Anwendungen, jedoch ſo unbeſtimmt, daß dieſe allein nicht als zweifelloſe Beſtätigungen unſrer Regel gelten können. Wenn nämlich darin blos geſagt wird, die ſpätere Klage werde durch die frühere ausgeſchloſſen (b), ſo bleibt es dabei noch ungewiß, ob nicht vorausgeſetzt iſt, die Entſchädigung ſey durch die frühere Klage bereits bewirkt worden, in welchem Fall vielmehr die Regel der Concurrenz, als die der Einrede, entſcheidend ſeyn würde. In einigen anderen Stellen wird allerdings die exceptio rei judicatae als Grund der Ausſchließung erwähnt; jedoch iſt es auch da nicht klar, ob in der That der Inhalt des früheren Urtheils und nicht vielmehr das bloße Daſeyn deſſelben, alſo die Einrede in der negativen Function, gemeint iſt (c).

Dagegen ſind völlig klar und unzweifelhaft mehrere Entſcheidungen, die bei den folgenden Klaſſen der Verſchiedenheit vorkommen werden, namentlich bei der Verſchiedenheit der Parteirollen, und bei dem Legitimationspunkt.

(b) *L.* 18 § 1 *commod.* (13. 6), *L.* 38 § 1 *pro soc.* (17. 2), *L.* 1 § 21 *tutelae* (27. 3), *L.* 4 § 5 *quod cum eo* (14. 5).

(c) *L.* 4 § 3 *de noxal.* (9. 4), *L.* 25 § 1 *de exc. r. jud.* (44. 2).

Eben ſo unzweifelhaft iſt folgende Entſcheidung für die exceptio jurisjurandi, deren hier anwendbare Analogie ſchon oben (§ 295) geltend gemacht worden iſt. Wenn eine Entſchädigung eingeklagt wird mit der Klage aus einem Mandat, einer Geſchäftsführung, einer Societät, und der Beklagte ſchwört, die Thatſache, woraus die Entſchädigung abgeleitet wird, ſey nicht wahr, ſo wird durch die Einrede des Eides nicht blos die Wiederholung der früheren Klage ausgeſchloſſen, ſondern auch die certi condictio, wenn etwa eine ſolche aus derſelben Thatſache, worauf ſich der Eid bezog, an ſich begründet werden könnte. Auch hier wird die Anwendbarkeit der Einrede in dem ſpäteren Rechtsſtreit ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß darin eadem quaestio, wie in dem früheren Rechtsſtreit, zur Entſcheidung gebracht werde (d).

2. Verſchiedene Parteirolle in dem erſten und zweiten Rechtsſtreit. Auch durch dieſe Verſchiedenheit wird die Anwendung der Exception oder Replication der Rechtskraft niemals verhindert, welches aus folgenden ganz unzweifelhaften Entſcheidungen einzelner Fälle hervorgeht.

Wenn der Beklagte in einer Eigenthumsklage verurtheilt wird, und dann dieſelbe Eigenthumsklage gegen den früheren

(d) *L.* 28 § 4 *de jurejur.* (12. 2) „Exceptio jurisjurandi non tantum, si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet, sed etiam, si alia, *si modo eadem quaestio in hoc judicium deducatur*“ rel. Ganz eben ſo verhält es ſich mit der exceptio pacti. *L.* 27 § 8 *de pactis* (2. 14).

Beklagten anſtellt, ſo ſteht ihm unſre Einrede entgegen, weil die frühere Verurtheilung unabänderlich ausgeſprochen hat, daß er nicht Eigenthümer ſey (e). — Ganz eben ſo verhält es ſich mit der Erbrechtsklage, welche nach erfolgter Verurtheilung in umgekehrter Weiſe angeſtellt wird (f). — Derſelbe Fall endlich kann auch bei der Hypothekarklage zwiſchen zwei Pfandgläubigern eintreten, wenn in dem erſten Rechtsſtreit dem Kläger die Priorität zugeſprochen worden iſt, und nun in dem zweiten der frühere Beklagte als Kläger abermals dieſe Priorität für ſich geltend zu machen verſucht (g).

Wenn ferner in einer Eigenthumsklage der Kläger abgewieſen wird, weil der Richter das Eigenthum verneint, dann aber der Beſitz der Sache an dieſen Kläger kommt, und nun der frühere Beklagte gegen ihn die Publicianiſche Klage anſtellt, ſo kann der frühere Kläger (gegenwärtig Beklagter) gegen dieſe Klage die exceptio dominii gebrauchen. Allein dieſe Einrede wird ihm durch die replicatio rei judicatae entkräftet, weil in dem früheren Rechtsſtreit das Daſein ſeines Eigenthums rechtskräftig verneint worden iſt (h).

(e) *L.* 30 § 1 *de exc. r. jud.* (44. 2), *L.* 40 § 2 *de proc.* (3. 3). — Vgl. oben § 287. a.

(f) *L.* 15 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(g) *L.* 19 *de exc. r. jud.* (44. 2) „*eandem enim quaestionem* revocat in judicium.“ Auch in dieſer einzelnen Anwendung gebraucht alſo Marcellus denſelben entſcheidenden Ausdruck, der in den allgemeinen Ausſprüchen des Ulpian vorkommt (§ 296).

(h) *L.* 24 *de exc. r. jud.* (44. 2).

Wird einer persönlichen Klage die Einrede der Compensation entgegengesetzt, und diese deswegen verworfen, weil der Richter die Gegenforderung als unbegründet ansieht, so könnte späterhin diese Gegenforderung als selbstständige Klage geltend gemacht werden. Dann aber würde die Einrede der Rechtskraft diese Klage ausschließen müssen, weil der frühere Richter das Daseyn der Gegenforderung rechtskräftig verneint hat (i).

In den beiden zuletzt angeführten Fällen konnte nicht blos die Verschiedenheit der Parteirolle einen Zweifel an der Anwendbarkeit jener Einrede erregen, sondern auch die ungleichnamige Klage, die dem ersten und zweiten Rechtsstreit zum Grunde liegt. Da nun auch dieser Umstand kein Hinderniß für die Anwendbarkeit ist, so liegt darin eine unzweifelhafte Bestätigung der im Anfang dieses Paragraphen aufgestellten Regel.

Einen Zweifel an der Richtigkeit der hier aufgestellten Regel könnte man aus der Äußerung des Paulus über folgenden Rechtsfall herleiten (k). Der Verkäufer einer fremden Sache erwirbt später das Eigenthum, und vindicirt nun gegen den Käufer; dieser kann sich gegen die Klage schützen durch eine exceptio doli (oder rei venditae et traditae). Er kann auch den Gebrauch der Einrede unterlassen, und hinterher mit der actio emti das Interesse, oder

(i) *L.* 8 § 2 *de neg. gestis* (3. 5), *L.* 7 § 1 *de compens.* (16. 2), *L.* 1 § 4 *de contr. tut.* (27. 4). — Vgl. oben § 201. d.

(k) *L.* 18 *de evict.* (21. 2), verbunden mit *L.* 17 *eod.*

mit der Stipulationsklage den verſprochenen doppelten Kaufpreis einklagen; dieſes Alles iſt durch unzweifelhafte Rechtsregeln beſtätigt. Paulus aber ſetzt hinzu, dieſe Klagen würden ihm ſelbſt dann zuſtehen, wenn er die Einrede gebraucht hätte, aber ohne Erfolg (etsi .. opposita ea nihilominus evictus sit), d. h. wenn die Einrede verworfen worden, oder unbeachtet geblieben wäre. Dieſes würde im Widerſpruch ſtehen mit unſrer Regel, wenn der Richter ausgeſprochen hätte, der frühere Verkauf, als Grund der Einrede, ſey nicht wahr. Dieſes anzunehmen, liegt aber in der Stelle kein nothwendiger Grund. Der Fall kann vielmehr auch ſo gedacht werden, daß der Richter die Einrede aus Verſehen unbeachtet ließ, oder daß er die Rechtsregel verkannte, worauf die Einrede beruht, indem er etwa die Vindication des früheren Verkäufers irrigerweiſe nicht als eine doloſe Zuwiderhandlung gegen den eigenen Vertrag anſah (l).

§. 298.

Einrede der Rechtskraft. Dieſelbe Rechtsfrage. Legitimationspunkt.

3. Entſcheidung über den Legitimationspunkt.

(l) Allerdings iſt auch die Leſeart zweifelhaft, indem bei den Worten: vel ex emto, Haloander bemerkt: alias desunt. Allein wenn man auch dieſe Worte wegdenkt, ſo wird dadurch die im Text erwähnte Schwierigkeit nicht beſeitigt. Die rechtskräftige Verneinung des früheren Kaufvertrags hätte die (durch dieſen Vertrag bedingte) Stipulationsklage eben ſowohl ausgeſchloſſen, als die actio emti.

Die Verschiedenheit zwischen dem ersten und zweiten Rechtsstreit kann ferner darin bestehen, daß die Rechtsfrage, die in dem einen Rechtsstreit unmittelbar Gegenstand des Streites und der Entscheidung war, in dem anderen blos als eine Bedingung erschien, ohne welche der Kläger seinen eigentlichen Anspruch nicht geltend machen konnte. Auch diese Verschiedenheit soll die Anwendung der Einrede nicht hindern können (a).

Folgende Beispiele mögen vorläufig zur Erläuterung dieser Regel dienen. Wenn der mit einer Erbrechtsklage abgewiesene Kläger gegen den früheren Beklagten die Eigenthumsklage auf eine zu dieser Erbschaft gehörende Sache anstellt, so steht ihm die Einrede der Rechtskraft entgegen, obgleich in dem zweiten Rechtsstreit das abgesprochene Erbrecht nicht Gegenstand des Streites ist, wohl aber eine Bedingung für das behauptete Daseyn des Eigenthums, welche also zur Legitimation des Klägers gehört. — Eben so auch umgekehrt. Wenn jener Kläger die Eigenthumsklage zuerst anstellt, und durch die Beerbung des früheren Eigenthümers zu begründen versucht, vom Richter aber abgewiesen wird, weil dieser die Beerbung (als legitimatio ad causam) verneint, so könnte derselbe

(a) Ich erwähne hier blos die Legitimation des Klägers (die Activlegitimation), von welcher auch Andere bei dieser Gelegenheit ausschließend zu reden pflegen. Allerdings könnten auch Fälle der Passivlegitimation in Betracht kommen; allein theils ist diese überhaupt nicht oft Gegenstand eines Rechtsstreites, theils wird sie noch weit seltener so vorkommen, daß daraus später eine Einrede der Rechtskraft entspringen könnte.

Kläger nunmehr die Erbrechtsklage gegen den früheren Beklagten anstellen wollen; dabei aber würde ihm die Einrede der Rechtskraft eben so entgegen stehen, wie in dem zuerst aufgestellten, umgekehrten Fall (b).

Diese praktisch sehr wichtige Regel steht in augenscheinlichem Zusammenhang mit der oben vorgetragenen Lehre von der Rechtskraft der Gründe, mit welcher sie nothwendig steht und fällt. Die Wahrheit derselben ist auch schon von heutigen Schriftstellern anerkannt, und sehr richtig auf den Grundsatz der eadem quaestio zurückgeführt worden (c). Ein Schriftsteller der neuesten Zeit hat sie gleichfalls für das heutige Recht sehr klar und befriedigend durchgeführt (d). Aber in folgerechtem Zusammenhang mit seiner, schon oben gerügten, irrigen Auffassung der Rechtskraft der Gründe, hat derselbe Schriftsteller behauptet, dem Römischen Recht sey diese Behandlung des Legitimationspunktes völlig fremd (e). Da also diese wichtige Frage, und zwar nicht ohne einigen Schein, in Zweifel gezogen worden ist, so ist eine erschöpfende Behandlung derselben vorzugsweise nöthig. Ich werde zuerst die einzelnen Aussprüche des Römischen Rechts zusammen stellen, worin jene Regel, wie ich glaube, unzweifelhaft anerkannt

(b) In diesen beiden Fällen könnte noch der andere Zweifel entstehen, ob etwa deswegen die Einrede unanwendbar wäre, weil es zwei Klagen von verschiedener Natur und Benennung seyen. Davon ist jedoch schon oben § 297 Num. 1 gehandelt worden.

(c) Keller S. 272—275.

(d) Buchka B. 2 S. 187—190.

(e) Buchka B. 1 S. 299—301. Vgl. oben § 293. l.

wird, dann aber die Scheingründe zu beſeitigen ſuchen, die man derſelben neuerlich entgegengeſtellt hat.

a. Die beiden, ſchon oben als Beiſpiele angeführten, Fälle von der Erbrechtsklage und Eigenthumsklage werden von Ulpian nicht nur genau ſo, wie es hier geſchehen, entſchieden, ſondern auch in unmittelbare Verbindung mit der eadem quaestio geſetzt, aus welcher die Entſcheidung abgeleitet wird.

L. 3 *de exc. r. jud.* (44. 2). Julianus lib. 3 Dig. respondit, exceptionem rei judicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur: *et ideo, etsi singulis rebus petitis hereditatem petat, vel contra, exceptione summovebitur* (f).

L. 7 § 4 *eod.* Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere

(f) Es würde ganz unrichtig ſeyn, dieſe und die folgende Stelle ſo erklären zu wollen, als wäre in beiden Prozeſſen die hereditatis petitio angeſtellt, einmal auf die ganze Erbſchaft, das anderemal auf einzelne Erbſchaftsſachen. Singulas res petere und singularum rerum petitio iſt vielmehr ſtets die eigenthümliche Bezeichnung der Eigenthumsklage, alſo ganz gleichbedeutend mit specialis in rem actio. Vgl. § 2 *J. de off. jud.* (4. 17), *L.* 1 *pr.* § 1 *de rei vind.* (6. 1). Auch würden ſonſt dieſe Fälle nicht als erläuternde Beiſpiele zu den Worten: vel alio genere judicii paſſen, wozu ſie doch in der zweiten Stelle zugleich dienen ſollen. — Allerdings muß man in beiden Stellen hinzudenken, daß die Eigenthumsklage auf die angebliche Beerbung des früheren Eigenthümers gegründet wurde. Ulpian ſagt dieſes freilich nicht, aber er deutet es durch die Verbindung mit der eadem quaestio ſo unverkennbar an, daß hierüber kein Zweifel bleiben kann.

judicii. *Et ideo, si hereditate petita singulas res petat, vel singulis rebus petitis hereditatem petat, exceptione summovebitur.*

b. Ein ganz ähnlicher Fall ist der, wenn eine Schuldklage von dem angeblichen Erben des ursprünglichen Gläubigers angestellt, und wegen des fehlenden Erbrechts abgewiesen, dann aber gegen dieselbe Person die Erbrechtsklage angestellt wird; eben so auch, wenn umgekehrt zuerst die Erbrechtsklage abgewiesen, dann die Schuldklage angestellt wird. In beiden Fällen soll gleichfalls die Einrede der Rechtskraft Anwendung finden. Diesen Ausspruch knüpft Ulpian unmittelbar an den vorhergehenden an, welcher die Eigenthumsklage zum Gegenstand hatte; auch ist die völlige Gleichartigkeit beider Aussprüche ganz unverkennbar (g). Hier aber fügt Ulpian folgenden Grund hinzu: Nam cum hereditatem peto, et corpora, et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur *in petitionem deduci.* Dieser Ausdruck deutet allerdings auf den Grundsatz der Consumtion, also auf die Einrede der Rechtskraft in ihrer negativen Function, und daraus hat der eben angeführte Schriftsteller folgern wollen, daß Ulpian überhaupt nur hieran, und nicht (wie hier behauptet wird) an eine Rechtskraft des Ausspruchs über den Legitimations-

(g) *L.* 7 § 5 *de exc. r. jud.* (44. 2). Diese Stelle wird an den vorhergehenden, von der Eigenthumsklage handelnden, Paragraphen mit folgenden Worten angeknüpft: „*Idem erit probandum*, etsi quis debitum petierit a debitore hereditario, deinde hereditatem petat" rel.

punkt, gedacht habe; außerdem würde ihn der Vorwurf einer Verwechslung beider ganz verſchiedenen Grundſätze treffen (h). In dieſer Behauptung wird aber die wahre Lage der Sache völlig verkannt. Zu Ulpian's Zeit beſtanden beide Formen der Einrede der Rechtskraft in voller Geltung neben einander, und nur in den ſeltenen Fällen, worin dieſelben in Widerſtreit kamen, ſollte die neuere, vollkommnere Form den Vorzug erhalten (§ 282). Nun erwähnt Ulpian zuerſt den Fall der Eigenthumsklage, deſſen Entſcheidung er befriedigend aus dem Grundſatz der poſitiven Function (der eadem quaestio) rechtfertigt. Dann geht er zu dem Fall der Schuldklage über, und auch dabei hätte dieſelbe Rechtfertigung völlig ausgereicht. Er führt aber dieſen Fall auf den Grundſatz der negativen Function (der Conſumtion) zurück, der darauf gleichfalls anwendbar war und ganz zu derſelben Entſcheidung führte. Darin lag weder in der Sache ſelbſt ein Irrthum, noch eine Inconſequenz, oder eine Verwechslung verſchiedenartiger Grundſätze.

c. Wenn ein Miteigenthümer die Eigenthumsklage auf ſeinen Theil der Sache gegen den andern Miteigenthümer anſtellt, und damit abgewieſen wird, dann aber gegen den früheren Beklagten die a. communi dividundo wegen derſelben Sache anſtellt, ſo ſteht ihm die Einrede der Rechtskraft entgegen, weil dieſe letzte Klage das Miteigenthum

(h) Buchka B. 1 S. 299—301. — Vgl. unten Beilage XVI. Note q.

(als Activlegitimation) voraussetzt, welches aber in der ersten Klage rechtskräftig abgesprochen ist. — Ganz Dasselbe gilt auch, wenn ein Miterbe zuerst mit der Erbrechtsklage abgewiesen wird, und dann die a. familiae herciscundae gegen den früheren Beklagten anstellt. Es ist dabei gleichgültig, ob in der ersten Klage der Richter annahm, der Kläger sey nicht Erbe, oder die eingeklagte Sache gehöre nicht zur Erbschaft (i).

d. Im Römischen Prozeß kommt häufig eine exceptio praejudicialis vor, wodurch der Beklagte verlangen kann daß die Sache so lange ausgesetzt bleibe, bis über eine andere Sache entschieden seyn wird. Diese gründet sich großentheils darauf, daß außerdem über eine wichtigere Sache nebenher, und daher vielleicht nicht mit angemessener Sorgfalt, rechtskräftig entschieden werden würde; sie setzt also die rechtskräftige Entscheidung des Legitimationspunktes geradezu voraus (k). — Dahin gehört z. B. folgender Fall. Zwischen A. und B. ist Streit über das Eigenthum des fundus Titianus. Außerdem macht A. Anspruch auf eine Wegeservitut über das unbestrittene Grundstück des B., um zu jenem streitigen Grundstück zu gelangen. Hier kann B. die Aussetzung der confessorischen Klage bis zur

(i) Diese verschiedenen Fälle kommen vor in folgenden Stellen: *L.* 8, *L.* 11 § 3 *de exc. r. jud.* (44. 2) und *L.* 25 § 8 *fam. herc.* (10. 2). Die Schwierigkeiten, welche die zuletzt angeführte Stelle darbietet, sind vortrefflich beseitigt von Keller S. 364—366.

(k) Die Zulassung dieser Einrede war übrigens von einem sehr freien richterlichen Ermessen abhängig. Vgl. *L.* 7 § 1 *de hered. pet.* (5. 3).

abgesonderten Entscheidung der Eigenthumsklage wegen des fundus Titianus verlangen. Der Grund wird dahin angegeben: videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, *quam prius probaverim, fundum Titianum meum esse* (l). Die durch die Einrede abzuwendende Gefahr lag also lediglich darin, daß bei Gelegenheit der confessorischen Klage über die weit wichtigere Frage des Grundeigenthums, als bloßen Legitimationspunkt, und dennoch rechtskräftig entschieden werden würde. — Ganz eben so verhält es sich bei den im Anfang dieses Paragraphen erwähnten Fällen einer Eigenthumsklage und einer darauf folgenden Erbrechtsklage. Auch in diesen Fällen hätte der Beklagte verlangen können, daß zuvor eine abgesonderte Erbrechtsklage angestellt und entschieden würde (m). Da er Dieses unterließ, so war nun durch die Entscheidung

(l) *L.* 16 *de except.* (44. 1). — Die unmittelbar darauf folgende Stelle *(L.* 17 *eod.)* geht in der That auf die exc. rei jud., nicht auf die exc. praejudicii, steht also nicht in innerem Zusammenhang mit der vorhergehenden. Sie setzt aber auch gar nicht eine Abweisung voraus, und ist daher im Sinn ihres Verfassers auf die negative Function der Einrede (die Consumtion der Klage) zu beziehen. Aber selbst wenn man sie, im Sinn des Justinianischen Rechts, auf die positive Function umdeuten wollte, würde sie doch keinen Zweifel gegen anderwärts begründete Rechtsregeln erregen können. Denn die confessorische Klage konnte abgewiesen seyn, weil der Richter die Errichtung einer Servitut verneinte, nicht gerade, weil er das Grundeigenthum des Klägers in Abrede stellte. Daher ist die Erklärung bei Buchka I. 303 zu verwerfen.

(m) *L.* 13 *de except.* (44. 1), worin ausgesprochen ist, daß durch die exceptio praejudicialis die Eigenthumsklage einstweilen ausgeschlossen wird, so lange die Erbrechtsklage noch nicht angestellt ist.

über den Legitimationspunkt das Erbrecht des Klägers rechtskräftig verneint (n).

Es sind nun noch die Scheingründe zu beseitigen, wodurch neuerlich versucht worden ist, die Rechtskraft der Entscheidung über den Legitimationspunkt aus Stellen des Römischen Rechts zu widerlegen.

Wenn Alimente gefordert werden auf den Grund der Verwandtschaft oder des Patronats, der Beklagte aber diesen Grund bestreitet, so soll der Richter, ehe er über die Alimente entscheidet, das Daseyn der Verwandtschaft oder des Patronats prüfen, jedoch nur obenhin (summatim); auch wird ausdrücklich hinzugefügt, die richterliche Gewährung oder Abweisung der Alimente solle keinen Einfluß haben auf den möglichen künftigen Rechtsstreit über die Verwandtschaft (o). — Die Absicht ging also dahin, daß bei offenbar ungegründeter Verwandtschaft die Alimente verweigert, außerdem aber einstweilen zugesprochen werden sollten. Diese Vorschrift nun soll als Beweis gelten, daß die Römer der Entscheidung über den Legitimationspunkt überhaupt keine Rechtskraft zugeschrieben hätten (p). Allein gegen eine solche Folgerung hätte schon die Vorschrift

(n) Vgl. die oben abgedruckten Stellen: *L.* 3, *L.* 7 § 4 *de exc. r. jud.* (44. 2). — Dasselbe gilt auch, wenn bei streitigem Grundeigenthum eine actio communi dividundo, oder eine Condiction wegen der Früchte angestellt werden sollte; auch Das kann durch die exc. praejud. abgewendet werden. *L.* 18 *de excepr.* (44. 1).

(o) *L.* 5 § 8. 9. 18 *de agnosc.* (25. 3), *L.* 10 *de his qui sui* (1. 6).

(p) Buchka B. 1 S. 305.

mißtrauiſch machen müſſen, daß der Richter nur summarisch prüfen ſolle, wovon die natürliche Folge iſt, daß eine ſolche Prüfung auf den Erfolg des ſpäteren Rechtsſtreits keinen Einfluß haben durfte. Auch iſt es nicht ſchwer, den Grund dieſer beſonderen Vorſchrift und ihrer Folge in der ganz eigenthümlichen Natur der Alimentenforderung zu entdecken. Bei dieſer kommt es darauf an, dem dringenden perſönlichen Bedürfniß ſchnell abzuhelfen, und dem unwiederbringlichen Nachtheil vorzubeugen, der aus dem Mangel an Unterhalt entſtehen kann. Es würde daher ganz willkührlich ſeyn, aus dieſer höchſt eigenthümlichen Vorſchrift irgend eine Folgerung für die allgemeine Behandlung des Legitimationspunktes zu ziehen. Vielmehr iſt in dieſem beſonderen Fall anzunehmen, daß der Richter, der die Alimente zuſpricht, damit noch gar keine beſtimmte Ueberzeugung von dem wirklichen Daſeyn einer Verwandtſchaft habe ausſprechen wollen.

Ein ähnlicher, aber noch weniger ſcheinbarer Einwurf iſt aus folgender Vorſchrift des Römiſchen Rechts entnommen worden. Wenn ein rechtskräftig verurtheilter Schuldner dem Urtheil nicht Folge leiſtet, ſo wird bekanntlich die Execution dadurch bewirkt, daß die richterliche Obrigkeit Sachen des Verurtheilten abpfänden, und zur Befriedigung des Gläubigers verkaufen läßt (q). Wenn nun bei dieſem Verfahren eine dritte Perſon auftritt, welche

q) Pignus in causa judicati captum.

das Eigenthum einer abgepfändeten Sache für sich in Anspruch nimmt, so soll dieser neue Anspruch obenhin (summatim) geprüft werden. Wird derselbe offenbar ungegründet befunden, so wird das eingeschlagene Verfahren fortgesetzt; bleibt die Frage zweifelhaft, so soll die Pfändung an dieser streitigen Sache aufgegeben, und an deren Stelle eine andere, unstreitige Sache gesetzt werden. In keinem Fall aber soll diese richterliche Verfügung auf die künftige Entscheidung über das Eigenthum jener streitigen Sache irgend einen Einfluß haben (r). Diese letzte Bestimmung nun wird wieder als Beweis geltend gemacht, daß die Römer der Entscheidung über den Legitimationspunkt niemals die Rechtskraft beigelegt hätten (s). Allein in dem hier vorausgesetzten Fall war ja über das Eigenthum der abgepfändeten Sache noch gar kein eigentlicher Rechtsstreit unter den betheiligten Parteien geführt worden. Der Richter hatte von Anfang an völlig freie Wahl, welche Sachen des ungehorsamen Schuldners er pfänden wollte. Hatte er gewählt, und entstanden Zweifel über das Eigen-

(r) *L.* 15 § 4 *de rejud.* (42. 1) „.. ipsos, qui rem judicatam exsequuntur, cognoscere debere de proprietate, et si cognoverint, ejus fuisse, qui condemnatus est, rem judicatam exsequentur. Sed sciendum est, *summatim* eos cognoscere debere, nec sententiam eorum posse debitori praejudicare, si forte dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est ... Sed illud debet dici, ubi controversia est de pignore, id dimitti debere, et capi aliud, si quod est sine controversia."

(s) Buchka B. 1 S. 308.

thum der gewählten Sache, so konnte er die Wahl ändern, und zu diesem willkührlichen Entschluß reichte schon der bloße Zweifel hin. Welchen Entschluß also auch der Richter fassen mochte, so lag darin niemals der Ausdruck einer gewonnenen Ueberzeugung von dem Eigenthum oder Nichteigenthum irgend einer bestimmten Person. Es lag also darin nicht die Entscheidung über einen streitigen Legitimationspunkt, und diese Vorschrift kann daher auch nicht benutzt werden, um daraus irgend eine Folgerung zu ziehen für die Römische Ansicht über die Rechtskraft der, den Legitimationspunkt betreffenden, richterlichen Entscheidung.

Endlich wird noch als ein Einwurf gegen die hier vertheidigte Lehre ein einzelnes Rescript des K. Severus (t) geltend gemacht, zu dessen vollständiger Erklärung eine etwas ausführliche Vorbereitung nöthig ist. Wenn in einer Provinz ein Rechtsstreit über die Standesverhältnisse einer Person (Freiheit, Verwandtschaft u. s. w.) geführt wurde, so sollte der Präses in eigener Person, ohne Juder, entscheiden, anstatt daß über alle anderen Sachen, namentlich über Erbrechtsklagen, ein von ihm niedergesetzter Juder zu entscheiden hatte. Nun war ein Mann gestorben und hatte ein Testament hinterlassen; der Testamentserbe war im Besitz der Erbschaft. Die Vormünder eines Unmündigen aber behaupteten, dieser sey ein nachgeborner Sohn des Erblassers, und durch dessen Geburt sey das Testament ver-

(t) *L.* 1 *C. de ord. cogn.* (3. 8). Buchka B. 1 S. 301. 302

nichtet worden. Sie fragten bei dem Kaiser an, ob sie unmittelbar die Erbrechtsklage vor einem Juder anstellen könnten, der dann zugleich die Vorfrage wegen der rechtskräftigen Geburt untersuchen würde. Das Rescript geht dahin, daß dieser Weg zulässig sey. Denn obgleich der Juder nicht befugt gewesen wäre, über das Familienverhältniß, als Gegenstand einer selbstständigen Klage (u), ein Urtheil zu sprechen, so könne er doch bei Gelegenheit der Erbrechtsklage auch das Familienverhältniß (als Legitimationspunkt) feststellen, indem das Urtheil wörtlich immer nur auf das Erbrecht gerichtet seyn würde. — Dieses ist der Inhalt folgender Stelle:

L. 1 *C. de ord. cogn.* (3. 8) Adite praesidem provinciae, et ruptum esse testamentum Fabii Praesentis agnatione filii docete: neque enim impedit notionem ejus, quod status quaestio in cognitione vertitur, etsi super status causa cognoscere non possit (v). Per-

(u) Man könnte glauben, die Vormünder hätten zuerst in einer besonderen Klage, vor dem Präses selbst, das Familienverhältniß zur Anerkennung bringen müssen. Allein nicht nur wäre Dieses eine unnütze Weitläufigkeit gewesen, sondern es kommt auch überhaupt eine besondere Klage auf Anerkennung der Agnation gegen einen Nichtverwandten (den fremden Testamentserben) nicht vor. — Bethmann-Hollweg Versuche S. 125. nimmt an, der Beklagte habe in diesem Fall durch eine exceptio praejudicii die abgesonderte Entscheidung über das Familienverhältniß erzwingen können, und blos, weil er Dieses unterließ, sey dem Richter über die Erbrechtsklage auch die Entscheidung über die Agnation anheimgefallen.

(v) In diesen Worten liegt die eigentliche Schwierigkeit der Stelle. Die gewöhnliche Erklärung aller älteren Schriftsteller geht dahin, der Präses habe überhaupt keine Befugniß gehabt, über eine Klage

tinet enim ad officium judicis, qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quaestionem, quae in judicium devocatur, examinare: quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat (w).

Nun wird behauptet, weil nach den Schlußworten der Richter nicht über das Familienverhältniß entscheide, so werde auch hierin seine Annahme nicht rechtskräftig. In dieser Behauptung liegt aber ein offenbarer Zirkel. Jene Worte sprechen nur von dem wörtlichen Inhalt des richterlichen Ausspruchs, der stets mit der angebrachten Klage im Zusammenhang steht. Die Streitfrage ist aber gerade die, ob noch irgend Etwas, und wie Viel, außer jenem

de statu zu erkennen, und zu dieser Erklärung neigte sich Anfangs auch Cujacius hin. (Merill. variant. ex Cuj. II. 1). Diese Voraussetzung aber wird durch mehrere Stellen widerlegt, am bestimmtesten durch *L.* 7 *C. ne de statu defunct.* (7. 21). Daher muß die hier bemerkte Unfähigkeit nicht auf den Präses selbst, sondern auf den von ihm über die Erbrechtsklage niedergesetzten Juder bezogen werden, dessen wörtliche Erwähnung vielleicht nur in dem für den Codex aus dem ganzen Rescript gemachten Auszug ausgefallen ist. Eine Bestätigung dieser Annahme liegt in den gleich darauf folgenden Worten: Pertinet enim ad *officium judicis*, qui de hereditate cognoscit. Diese Erklärung findet sich bei Hotomanus obs. VI. 6, Cujac. recit. in Dig., L. 74 de re jud., L. 5. de her. pet. (Opp. T. 7 p. 165. 220), Giphan. explan. Codicis, L. 1 de ord. jud. p. 152.

(w) Wesentlich übereinstimmend mit der angeführten Stelle ist auch noch folgende. *L.* 3 *C. de jud.* (3. 1). Quoties quaestio status bonorum disceptationi concurrit: nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur. — Alioquin heißt: wenn die causa status Gegenstand einer eigenen, selbstständigen Klage gewesen wäre. — Disceptatio terminetur deutet offenbar auf eine definitive, für immer wirksame Feststellung.

wörtlichen Inhalt, rechtskräftig werde. Diese Frage wird in der angeführten Stelle weder bejaht noch verneint, und sie kann nur theils aus allgemeinen Grundsätzen (über die Rechtskraft der Gründe), theils aus den oben angeführten unzweifelhaften Stellen des Ulpian entschieden werden. — So ist denn auch der Inhalt der hier angeführten Stelle schon längst von mehreren der bewährtesten Ausleger aufgefaßt worden, welche gleichfalls annehmen, daß in jenem Ausspruch des Richters auch das als Incidentfrage vorgebrachte Familienverhältniß völlig und für immer festgestellt sey (x).

§. 299.

Einrede der Rechtskraft. Dieselbe Rechtsfrage. Äußerer und juristischer Gegenstand der Klage.

4. Verschiedenheit des äußeren Gegenstandes in beiden Klagen.

Auch diese Verschiedenheit ist nicht nothwendig ein Hinderniß für die Anwendung der Einrede, indem es auch in dieser Hinsicht lediglich darauf ankommt, zu untersuchen, ob dieselbe Rechtsfrage in beiden Klagen vorhanden ist oder nicht.

(x) Cujacius l. c. p. 220. „Ceterum si pronuntietur, hereditatem esse actoris, *tacita etiam videbitur pronuntiatum de ejus libertate.*“ — Gipsanius l. c. p. 156. „Ut scilicet, dum de principali causa *pronuntiatur, simul ut per consequentiam ac tacite de causa status dijudicetur, non vero, ut simul, aut etiam separatim de utraque causa nominatim pronuntietur.*“

Wenn daher einige Stellen des Römischen Rechts mit scheinbarer Allgemeinheit sagen, die Einrede sey nur anwendbar, insofern der Gegenstand beider Klagen ein und derselbe sey (a), so ist Dieses von den allerdings gewöhnlichsten Fällen zu verstehen, in welchen die Verschiedenheit der Gegenstände zugleich mit ganz verschiedenen Rechtsfragen verbunden ist. Ist also die Eigenthumsklage über ein Haus abgewiesen, so wird aus diesem Urtheil bei dem künftigen Rechtsstreit über das Eigenthum eines Landgutes eine Einrede in der Regel nicht abgeleitet werden können.

Dagegen giebt es in der That viele und wichtige Fälle, worin die Verschiedenheit in den äußeren Gegenständen beider Klagen die Anwendbarkeit der Einrede auf die spätere Klage nicht hindert. In diesen Fällen wird die Anwendbarkeit gerechtfertigt durch das allgemeine Verhältniß eines Ganzen zu seinen Theilen. Indem nämlich jeder Theil in dem Ganzen enthalten ist, wird sehr häufig ein Ausspruch über das Ganze zugleich den Aus-

(a) *L.* 12. 13 *de exc. r. jud.* (44. 2). „Cum quaeritur, haec exceptio noceat, nec ne, inspiciendum est, *an idem corpus sit.* — *Quantitas eadem, idem jus.*“ — Die erste der hier in den Digesten zusammengefügten Stellen ist von Paulus, die zweite von Ulpian. — Es werden dabei noch die billigen Zusätze gemacht, daß die bleibende Einheit des Gegenstandes nicht gestört werde durch die natürlichen Veränderungen in dem Umfang einer Sache; eben so auch, wenn von dem Eigenthum einer Heerde die Rede sey, nicht dadurch, daß einzelne Thiere dazu kommen, oder davon ausscheiden. *L.* 14 *pr. L.* 21 § 1 *eod.*

spruch über jeden Theil dieses Ganzen in sich schließen. Dadurch wird dann die Verschiedenheit der Gegenstände beider Klagen in bloßen Schein aufgelöst seyn, und als wesentliche Gleichheit anerkannt werden müssen. Durch diese abstracte Auffassung der Frage soll jedoch blos vorläufig der Gesichtspunkt für dieselbe angedeutet seyn. Erst durch die Anwendung auf die einzelnen dahin gehörenden Fälle kann dafür Anschaulichkeit, Überzeugung, und zugleich richtige Begränzung gewonnen werden.

a. Der wichtigste Fall dieser Art betrifft die Erbrechtsklage, welche ein ganzes Vermögen als solches zum eigentlichen Gegenstand hat, aber durch den zufälligen Besitz des Beklagten an einem einzelnen Stück der Erbschaft veranlaßt seyn kann. Ist nun die auf ein Haus des Erblassers angestellte Erbrechtsklage abgewiesen, und wird nachher gegen denselben Beklagten wegen eines Landgutes des Erblassers dieselbe Klage angestellt, so steht ihr die Einrede der Rechtskraft entgegen, obgleich in beiden Klagen der äußere Gegenstand völlig verschieden ist. Denn die entscheidende Rechtsfrage betrifft in beiden Klagen das Daseyn des Erbrechts; wird nun dieses Daseyn in der ersten Klage verneint, so bindet diese Verneinung auch den Richter, der über die zweite Klage zu entscheiden hat (b).

(b) Natürlich wird dabei vorausgesetzt, daß die erste Klage deswegen abgewiesen wurde, weil der Richter annahm, der Kläger sey nicht Erbe. Gründete sich die Abweisung darauf, daß die Eigenschaft des Hauses als eines Stückes der Erbschaft, oder daß der Besitz des Beklagten verneint wurde, so kann daraus eine Ein-

Dieſelbe Frage kann auch in folgender verwickelteren Geſtalt vorkommen, worin ſie im Römiſchen Recht ausdrücklich erwähnt und entſchieden worden iſt (c). A. und B. machen Anſpruch auf die ganze Erbſchaft des verſtorbenen C. — A. beſitzt aus dieſer Erbſchaft ein Haus, B. ein Landgut. — A. klagt mit der Erbrechtsklage wegen des Landgutes, und B. wird verurtheilt. — Wenn nunmehr B. gegen A. wegen des Hauſes die Erbrechtsklage anſtellen will, ſo ſteht ihm die Einrede der Rechtskraft entgegen, weil aus der früheren Verurtheilung nothwendig folgt, daß er kein Erbrecht hat (d).

b. Dieſelbe Regel kann aber auch zur Anwendung kommen, wenn irgend ein einzelnes Vermögensſtück (ſey es ein dingliches Recht oder eine Schuldforderung) eingeklagt, die Klage abgewieſen, und dann für einen Theil jenes Vermögensſtücks wiederholt wird. Die Abweiſung für das Ganze iſt auch entſcheidend für den einzelnen Theil, ſo daß hier die Regel zur Anwendung kommt: In toto et pars continetur (e).

Es verdient bemerkt zu werden, da es neuerlich bezweifelt worden iſt, daß dieſe Regel gleich wahr iſt für den älteren und neueren Standpunkt unſrer Einrede, obgleich

rede gegen die auf das Landgut gerichtete zweite Klage nicht abgeleitet werden.

(c) *L.* 15 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(d) Vgl. oben § 287. a.

(e) *L.* 113 *de R. J.* (50. 17). — Ähnliche Regeln, wie die hier für die Einrede der Rechtskraft aufgeſtellte, gelten auch für die exc. pacti und jurisjurandi. *L.* 27 § 8 *de pactis* (2. 14), *L.* 7 *de jurej.* (12. 2).

für beide aus etwas verschiedenen Gründen (f). Nach dem Grundsatz der Consumtion ist die Regel wahr, weil die Eigenthumsklage auf ein Landgut nicht blos das ganze Gut, sondern auch jedes einzelne Stück desselben in judicium deducirt, also die Klage darauf consumirt. Nach dem Grundsatz der eadem quaestio (der positiven Function der Einrede) ist die Regel wahr, weil der Richter bei der auf ein Ganzes gerichteten Klage befugt ist, nicht nur dieses Ganze zuzusprechen, sondern auch jeden Theil desselben, wenn er darauf den Anspruch für begründet hält. Weist er also den Kläger überhaupt ab, so hat er damit in der That ausgesprochen, daß der Kläger auch keinen denkbaren Theil des Ganzen zu fordern habe (g). Mit diesem Ausspruch aber würde jede spätere Klage auf irgend einen Theil jenes Ganzen völlig im Widerspruch stehen.

Die so eben aufgestellte wichtige Regel wird in einer Stelle des Ulpian so erschöpfend behandelt, daß sich an

(f) Vgl. Wächter Erörterungen H. 3 S. 44, welcher die Behauptung von Wangerow widerlegt, daß dieser Satz nur aus dem Grundsatz der Consumtion gerechtfertigt werden könne.

(g) Vgl. oben § 286. 292. — Es ist wohl darauf zu achten, daß der hier aufgestellte Satz eben nur wahr ist für die Fälle, in welchen der Richter auch Das zusprechen konnte, worauf die zweite Klage gerichtet wird; außerdem ist die Einrede nicht anwendbar. Vgl. oben § 286. d. i. Wenn daher von mehreren Bestandtheilen eines Rechtsanspruchs nur einer eingeklagt wird, so wird die spätere Klage auf die übrigen Theile nicht nothwendig durch die Einrede ausgeschlossen, weil der Richter nicht Mehr zusprechen durfte, als der Kläger begehrte. Daraus sind folgende Stellen zu erklären, die daher mit der im Text aufgestellten Regel nicht im Widerspruch stehen: *L.* 20, *L.* 21 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2), *L.* 42 § 5 *de admin.* (26. 7); *L.* 2 *C. de jud.* (3. 1). Vgl. Keller S. 540.

den Inhalt dieſer Stelle die vielfachen Anwendungen der Regel am beſten werden anknüpfen laſſen.

L. 7 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2). Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet: nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est (h). Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso, vel pro indiviso: dicendum erit, exceptionem obstare. Proinde etsi proponas mihi, certum locum me petere ex eo fundo, quem petii, obstabit exceptio.

Ulpian ſagt, die Regel vom Ganzen und dem Theil komme in dreierlei Anwendungen vor. Zuerſt bei einem corpus und deſſen realen und idealen Theilen. Wird alſo die Eigenthumsklage auf ein Landgut abgewieſen, ſo darf dieſelbe nachher auch nicht auf ein abgegränztes Stück dieſes Gutes wiederholt werden (i), und eben ſo wenig auf das ideale Drittheil oder Viertheil deſſelben. — Zweitens bei einer quantitas. Wird alſo eine Schuldklage auf 100 abgewieſen, ſo darf dieſelbe ſpäter auch nicht auf 70 oder 30 erneuert werden, weil jede dieſer kleineren Summen in

(h) Nach dieſen Worten könnte man zweifeln, ob nicht vielleicht Ulpian dieſe Regel lediglich aus dem Grundſatz der Conſumtion ableiten wolle. Dieſer Zweifel verſchwindet dadurch, daß er ſchon wenige Zeilen nachher Alles auf den Grundſatz der eadem quaestio, alſo auf die poſitive Function, zurückführt. S. o. § 296. a.

(i) Dieſer Theil der Stelle wird auch noch beſtätigt in *L.* 26 § 1 *eod.*

dem früheren Urtheil mit abgesprochen worden ist. — Drittens bei einem jus. Wird daher die Klage auf den Nießbrauch eines Hauses abgewiesen, so darf dieselbe später auch nicht auf den Nießbrauch des halben Hauses erneuert werden. Eben so ist durch die Abweisung der Klage auf eine ganze Erbschaft auch die Wiederholung dieser Klage auf irgend einen idealen Theil dieser Erbschaft ausgeschlossen (k).

Als Ganzes im Verhältniß zu seinen Theilen, muß hier auch jedes eingeklagte Aggregat einzelner Sachen betrachtet werden, wenn die Klage abgewiesen, und nachher auf einzelne, in jenem Aggregat enthaltene, Sachen erneuert wird. Dahin gehören die Fälle, wenn zuerst zwei Sachen zugleich vindicirt werden, später (nachdem jene Klage abgewiesen worden) eine derselben (l). Ferner, wenn die Eigenthumsklage auf eine Heerde abgewiesen, und dann auf einzelne Thiere aus derselben Heerde wiederholt wird (m).

(k) Die abgewiesene Erbrechtsklage auf die Hälfte der Erbschaft schließt daher die spätere Wiederholung auf ein Sechstheil aus. *L.* 30 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2). Die von Donellus XXII. 5 § 10 zu dieser Stelle vorgeschlagene Emendation: partem *sextantem*, anstatt *sextantis*, scheint unnöthig, da auch ohne Änderung die Worte eben so erklärt werden können: pars sextantis für: quae in sextante consistit. — Von dieser Stelle wird übrigens noch unten die Rede seyn (§ 300).

(l) *L.* 7 *pr.*, *L.* 21 § 1 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(m) *L.* 21 § 1 *de exc. r. jud.* (44. 2). Indem in diesen beiden Fällen schon die erste Klage auf alle Stücke zugleich gerichtet war, sind diese Fälle wesentlich verschieden von den, in der Note g. erwähnten Fällen. Ein Widerspruch ist also in diesen Stellen durchaus nicht vorhanden.

c. Der bisher abgehandelte Fall kann ferner in umgekehrter Weiſe eintreten, ſo daß zuerſt auf einen Theil geklagt, dieſe Klage aber abgewieſen, und ſpäter für das Ganze wiederholt wird. Es fragt ſich, ob auch hier die neue Klage durch die Einrede ausgeſchloſſen werde. Dieſe Frage wird von Einigen allgemein bejaht (n), von Anderen allgemein verneint (o); Beides mit Unrecht. Es fehlt hier an einem ſo durchgreifenden Grund, wie er in dem vorhergehenden, umgekehrten Fall anerkannt werden mußte, und es iſt daher in jedem einzelnen Fall beſonders zu unterſuchen, ob in der zweiten Klage dieſelbe Rechtsfrage, wie in der erſten, vorliegt, welcher Umſtand allein überall entſcheiden muß. Wenn z. B. die Eigenthumsklage auf ein abgegränztes Stück eines Landgutes angeſtellt und abgewieſen wird, ſo kann ſpäter jedes andere Stück eingeklagt werden, weil jedes Stück auch als ſelbſtſtändiger Gegenſtand eines beſonderen Eigenthums betrachtet werden kann. Wird daher die neue Klage auf das ganze Gut gerichtet, ſo iſt ſie für das früher eingeklagte Stück durch das vorige Urtheil allerdings ausgeſchloſſen, für die übrigen Stücke aber nicht. — Wenn dagegen die confeſſoriſche Klage auf das jus altius non tollendi von zehen Fuß Höhe abgewieſen, und nachher auf zwanzig Fuß Höhe erneuert wird, ſo ſteht ihr die Einrede der Rechtskraft entgegen, weil die ausge-

(n) Faber in Cod. Lib. 7 T. 10 def. 5, beſonders not. 16.

(o) Toullier T. 10 § 153. 155. 156.

bohnters Servitut ohne die bereits abgesprochene beschränktere gar nicht ausgeübt werden kann (p).

d. Mit dem hier abgehandelten Verhältniß des Ganzen zu seinem Theil sind folgende Fragen nahe verwandt.

Wenn eine Zinsenklage abgewiesen, nachher aber eine andere Zinssumme, oder auch das Kapital eingeklagt wird, so fragt es sich, ob die Einrede der Rechtskraft auf die zweite Klage angewendet werden kann. Eben so, wenn die abgewiesene erste Klage auf Zahlung einer angeblich fälligen Rente (eines Kanon) gerichtet war, die zweite Klage einen anderen Posten derselben Rente, oder das Recht der Rente selbst, zum Gegenstand hat.

Auch bei dieser Frage kommt Alles darauf an, ob in beiden Klagen dieselbe Rechtsfrage zum Grunde liegt, oder nicht. Wurde also die erste Klage deswegen abgewiesen, weil der Richter annahm, es sey keine Kapitalschuld oder kein Recht auf eine Rente vorhanden, so ist die zweite Klage durch die Einrede ausgeschlossen. Anders, wenn sich die Abweisung darauf gründete, daß der eingeklagte einzelne Posten schon bezahlt, oder compensirt sey.

Ganz Dasselbe muß auch gelten, wenn der Beklagte zur Zahlung einer einzelnen Forderung von Zinsen oder Renten verurtheilt wurde, nachdem er das Recht auf Zinsen oder Renten überhaupt bestritten hatte. Durch jene Verurtheilung wird das Recht im Allgemeinen rechtskräftig festgestellt (q).

(p) *L. 28 pr. de oper. s. jud.* (44. 2).

(q) Buchka hat auch hier wieder die Frage für das heutige Recht

Entſcheidungen des Römiſchen Rechts über die hier aufgeworfene Frage finden ſich nicht. Die Stellen, die man dafür anzuführen pflegt, berühren dieſelbe in der That nicht (r).

5. Verſchiedenheit des juriſtiſchen Gegenſtandes der beiden Klagen.

Dieſe Verſchiedenheit iſt gleichfalls kein nothwendiges Hinderniß für die Anwendung unſrer Einrede. Wenn daher mit der condictio furtiva der Erſatz einer geſtohlenen Sache gefordert wird, der Richter aber die Klage abweiſt, weil er das Daſeyn eines Diebſtahls verneint, ſo kann nachher auch keine actio furti auf Strafe wegen dieſes Diebſtahls angeſtellt werden; eben ſo verhält es ſich, wenn umgekehrt die actio furti zuerſt angeſtellt, und abgewieſen wird. Zwar iſt der juriſtiſche Gegenſtand beider Klagen (Erſatz und Strafe) völlig verſchieden. Wenn daher in

richtig beantwortet, für das Römiſche Recht irrigerweiſe das Gegentheil angenommen. B. 1 S. 307. 308, B. 2 S. 184. 191. — Einige irrige Entſcheidungen Preußiſcher Gerichte über dieſe Frage ſind ſchon oben angeführt worden. § 294 Note n. und r.

(r) *L.* 23 *de exc. r. jud.* (44. 2) ſpricht gar nicht von dem Fall einer abgewieſenen Zinſenklage, alſo von der Einrede in der poſitiven Function, ſondern verneint nur die Conſumtion der Kapitalklage durch die bloße Anſtellung der Zinſenklage. Dieſe Verneinung folgte nothwendig ſchon daraus, daß auf Kapital und Zinſen zwei ganz verſchiedene Obligationen und Klagen gerichtet waren (vgl. oben S. 126. 160). Keller S. 536. — Die *L.* 4 *C. depos.* (4. 34) iſt nach dem älteren Recht zu erklären aus der Conſumtion der einen untheilbaren Klage, nach dem neueren Recht aus der ſtillſchweigenden Verwerfung der nicht zugeſprochenen Verzugszinſen, die der Richter ſtets nach freiem Ermeſſen zuſprechen konnte (§ 286).

der ersten Klage der Kläger seinen Zweck erreicht hat, so kann dennoch die zweite Klage angestellt werden, so daß ihr der Grundsatz der Concurrenz nicht entgegen steht (s). Eben so ist die zweite Klage gewiß nicht ausgeschlossen durch Anwendung des Grundsatzes der Consumtion. Allein es ist unleugbar, daß beiden Klagen dieselbe Rechtsfrage zum Grunde liegt; wird also in der einen das Daseyn eines Diebstahls verneint, so muß diese Verneinung auch der anderen Klage entgegen stehen, da beide gleichmäßig durch die Thatsache eines begangenen Diebstahls bedingt sind (t). Ein ausdrückliches Zeugniß für diesen Satz ist nicht vorhanden. Er folgt aber unzweifelhaft aus dem allgemeinen Grundsatz, und er wird überdem dadurch bestätigt, daß er für die exceptio jurisjurandi ausdrücklich anerkannt wird (u), deren innere und wesentliche Verwandtschaft mit der Einrede der Rechtskraft schon oben dargethan worden ist (§ 295).

§. 300.

Einrede der Rechtskraft. Dieselbe Rechtsfrage. Verschiedenheit des Erwerbsgrundes.

6. Eine Verschiedenheit kann endlich noch vorkommen in dem Erwerbsgrunde, woraus das in beiden Klagen verfolgte Recht abgeleitet wird (origo

(s) Vgl. oben B. 5 § 234. a.
(t) Keller S. 281. Anderer Meinung ist Buchka B. 1 S. 131.
(u) *L.* 13 § 2 *de jurej.* (12. 2).

actionis). Auch eine solche Verschiedenheit ist nicht allgemein ein Hinderniß für die Anwendung der Einrede.

Über diese Frage enthält das Römische Recht so klare und bestimmte Regeln, daß darüber wenig Streit und Zweifel entstanden ist; nur eine Ausnahme jener Regeln hat zu großen Streitigkeiten Anlaß gegeben.

Es wird in der Regel unterschieden zwischen persönlichen Klagen und Klagen in rem. Bei jenen ist der Erwerbsgrund der Obligation Dasjenige, wodurch diese eine individuelle Natur erhält. Bei Eigenthum und Erbrecht dagegen kommt es nur auf die Natur des Rechts und dessen Gegenstand an, und es bleibt ein und dasselbe Recht, ohne Unterschied, aus welchem Grunde es entstanden seyn möge. Wenn daher die auf ein Haus gerichtete Klage aus einem Kaufvertrag abgewiesen, dann aber eine Klage auf dasselbe Haus aus einem Vermächtniß angestellt wird, so steht die Einrede der Rechtskraft nicht entgegen, weil beiden Klagen völlig verschiedene Obligationen, also auch verschiedene Rechtsfragen, zum Grunde liegen. Wenn dagegen die Eigenthumsklage auf ein Haus aus dem Erwerb durch Tradition abgeleitet und nun abgewiesen wird, so kann sie auch nicht dadurch erneuert werden, daß der Kläger etwa versucht, das Eigenthum nunmehr auf Ersitzung zu gründen. Denn die Rechtsfrage ist in beiden Klagen das Daseyn des Eigenthums, und die möglichen Erwerbsgründe sind nur die Mittel, wodurch der Kläger versucht, den Richter von diesem Daseyn zu überzeugen;

wenn er über dieſe Mittel ſeine Meinung ändert (mutata opinio), ſo dürfen nicht deswegen beide Klagen als verſchiedene angeſehen werden. Eben ſo würde es ſich verhalten, wenn der angebliche Erbe eines Verſtorbenen mit der Erbrechtsklage aus einem Teſtament abgewieſen wird, und dann als Inteſtaterbe die Erbrechtsklage erneuert.

Die ſo unterſcheidende Regel iſt in folgenden Stellen ſehr klar und beſtimmt ausgeſprochen (a):

L. 14 § 2 *de exc. r. jud.* (44. 2). (Paulus).

Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt: quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur: neque enim amplius, quam semel, res mea esse potest: saepius autem deberi potest.

L. 11 § 5 *eod.* (Ulpianus).

Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Utputa opinabatur ex causa hereditaria, se dominium habere: mutavit opinionem, et coepit putare ex causa donationis: haec res non parit petitionem novam: nam qualecumque et undecumque

(a) Parallelſtellen: *L.* 159 *de R. J.* (50. 17), *L.* 3 § 4 *de adqu. vel am. poss.* (41. 2). — Sehr gut handelt von dieſer Frage Keller § 35.

dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit.

Beide Hälften dieſer Regel ſollen nun noch in der Anwendung auf einzelne Fälle näher betrachtet werden.

Die Regel für die perſönlichen Klagen wird in folgenden Anwendungen anerkannt. Wenn Jemand einen beſtimmten Sclaven aus einer Stipulation, außerdem aber auch aus einem Vermächtniß zu fordern hat, ſo ſind Dieſes zwei ganz verſchiedene, von einander unabhängige Rechte. Wird alſo die Klage auf das eine dieſer Rechte abgewieſen, ſo kann der ſpäteren Klage auf das andere Recht die Einrede der Rechtskraft nicht entgegengeſetzt werden (b). — Eben ſo verhält es ſich, wenn Jemand Hundert zuerſt aus einem Darlehen einklagt, und dann, nachdem er mit jener Klage abgewieſen worden iſt, dieſelben Hundert aus einem Fideicommiß (c).

Neratius drückt die hier für die perſönlichen Klagen aufgeſtellte Regel ſo aus: die Einheit oder Verſchiedenheit beider Klagen beruhe auf der causa *proxima* actionis (d). Dieſe nähere Beſtimmung würde ſich etwa in folgender Anwendung wirkſam zeigen. Wenn der Miether eines Pferdes dieſes angeblich beſchädigt haben ſoll, ſo hat der Vermiether gegen ihn zwei verſchiedene Klagen, aus dem

(b) *L.* 18 *de obl. et act.* (44. 7), Gajus IV. § 55.

(c) *L.* 93 § 1 *de leg.* 3 (32. un.), *L.* 28 § 13. 14 *de lib. leg.* (34. 3).

(d) *L.* 27 *de exc. r. jud.* (44. 2). Die Erklärung, die Puchta von dieſem Ausdruck giebt (Rhein. Muſeum II. 252. 253), halte ich nicht für richtig.

Miethvertrag, und aus dem beschädigten Eigenthum (s. L. Aquiliae). Wird daher die eine dieser Klagen abgewiesen, so könnte man glauben, die andere sey nicht ausgeschlossen, weil in dieser das Recht aus einem anderen Entstehungsgrunde abgeleitet werde. Allein die causa *proxima* actionis ist die Beschädigung. Wird diese rechtskräftig verneint, so ist diese Verneinung auch für die zweite Klage entscheidend. Die wahre Gränze für die Zulässigkeit der Einrede kann daher hier, wie überall, nur danach beurtheilt werden, ob in beiden Klagen dieselbe Rechtsfrage zum Grunde liegt.

Der folgende, von Ulpian erzählte Rechtsfall hat unbegründete Zweifel an der allgemeinen Anerkennung der hier abgehandelten Regel veranlaßt. Ein Sclave hatte von seinem Herrn Auftrag zur Führung von zweierlei Geschäften erhalten: zum Betrieb eines Oelhandels, und zur Aufnahme von Darlehnen. Ein Gläubiger hatte ihm ein Darlehen gegeben, indem er irrigerweise annahm, daß dasselbe zum Oelhandel verwendet werden sollte, und hatte nun gegen den Herrn die institoria actio wegen des Auftrags zu diesem Handelsbetrieb angestellt. Nachdem er abgewiesen worden war, wollte er von Neuem klagen, indem er sich darauf bezog, daß der Sclave auch zur Aufnahme von Darlehnen überhaupt ermächtigt war. Eigentlich, sagt Ulpian, ist die Klage consumirt; dennoch muß ihm, nach Julian's (richtiger) Bemerkung, eine utilis actio gestattet werden (e). — Der Grundsatz der Consumtion führte hier

(e) *L.* 13 *pr. de institor. act.* (14. 3).

auf die Zulaſſung der Einrede, weil die zweite Klage, der Form nach, eine Wiederholung der früheren war. Allein nach der neueren Ausbildung der exceptio rei judicatae, d. h. nach dem Grundſatz der eadem quaestio, mußte die Einrede verworfen werden, weil der frühere Richter nur die Verwendung des Geldes zum Oelhandel verneint hatte, womit die gegenwärtige Annahme eines im Auftrag des Sclaven liegenden Darlehens nicht im Widerſpruch ſteht. In dieſer Entſcheidung liegt alſo nur eine der auch ſonſt vorkommenden Spuren, daß allmälig die neuere Geſtalt der exceptio rei judicatae, wo ſie mit der älteren in Widerſtreit kam, in den gerichtlichen Entſcheidungen vorgezogen wurde (f).

Die Regel für die Klagen *in rem* ging dahin, daß ungeachtet der Verſchiedenheit des Erwerbsgrundes, woraus der Kläger in beiden Klagen ſein Recht ableitet, die Einrede der Rechtskraft dennoch auf die ſpätere Klage anwendbar ſeyn ſoll. Die oben abgedruckten entſcheidenden Stellen reden allerdings zunächſt nur von der Eigenthumsklage und dem Erwerbe des Eigenthums; allein die erſte unter jenen Stellen ſpricht doch die Regel allgemein aus für alle actiones in rem, und es hat keinen Zweifel, daß der ganze Inhalt jener Stellen eben ſowohl auf die Erbrechtsklage,

(f) Keller S. 580. Kierulff S. 263. Vgl. oben § 282. — Die exceptio rei judicatae wurde in dieſem Fall ohne Zweifel durch eine doli replicatio entkräftet, und auf dieſem Wege wurde dem Kläger ein günſtiger Erfolg ſeiner Klage verſchafft („*utilem* ei actionem competere ait").

als auf die Eigenthumsklage, Anwendung findet. Eine Bestätigung dieser Behauptung findet sich in einer Stelle des Paulus, die auf mancherlei Weise mißverstanden worden ist (g). In einem Testament war für ein Sechstheil des Vermögens zum Erben eingesetzt worden ein Verwandter des Verstorbenen, der als Intestaterbe auf die Hälfte der Erbschaft Anspruch gehabt haben würde. Dieser klagte als Intestaterbe gegen einen gleichfalls eingesetzten Besitzer der Erbschaft auf die Hälfte, indem er das Testament als ungültig anfocht; er wurde abgewiesen, und wollte nun als Testamentserbe gegen denselben Besitzer das ihm angewiesene Sechstheil einklagen. Paulus sagt, diese zweite Klage sey durch die Einrede der Rechtskraft ausgeschlossen. Darin liegt die Anerkennung, daß diese Einrede anwendbar ist, auch wenn beide Erbrechtsklagen auf verschiedenen Erwerbsgründen der Erbschaft beruhen, die erste auf der Verwandtschaft, die zweite auf einem Testament.

Nur aus Mißverständniß ist auf diese Regel eine Stelle des Ulpian bezogen worden, die hier genau erklärt werden muß, weil sich an die irrige Auffassung derselben manche bedenkliche Irrthümer angeknüpft haben (h). Es war ein Mann gestorben und hatte sowohl ein Testament für sich selbst, als ein Pupillartestament für seinen unmündigen

(g) *L.* 30 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2). Vgl. Keller S. 288. 289. — In anderer Beziehung ist diese Stelle schon oben benutzt worden. § 299. k.

(h) *L.* 11 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2). Von dieser Stelle handeln Keller S. 290. 580. Puchta Rhein. Museum II. 264. III. 483. Bienuiff S. 261. 262.

Sohn hinterlassen. Bald darauf starb auch der Sohn, und nun klagte dessen Mutter als Intestaterbin aus dem Tertullianischen Senatusconsult gegen den Besitzer der Erbschaft, indem sie behauptete, das Testament ihres Mannes sey rumpirt, und dadurch zugleich das Pupillartestament ihres Sohnes ungültig geworden. Da sich diese Behauptung als falsch erwies, so wurde sie abgewiesen. Als aber nunmehr das Pupillartestament eröffnet wurde, fand sich darin gar kein Substitut vor, und nun wollte die Mutter nochmals als Intestaterbin gegen denselben Besitzer klagen. Neratius sagt, die Einrede der Rechtskraft stehe ihr entgegen, und auch Ulpian hält Dieses an sich für unzweifelhaft, giebt jedoch in den Schlußworten noch eine Aushülfe an, die den wichtigsten Theil der ganzen Stelle enthält. Ehe ich aber diese Schlußworte erkläre, will ich zuvor den Gesichtspunkt für den bisher dargelegten Gang des ganzen Rechtsfalls festzustellen suchen. Man hat die Sache so aufgefaßt, als hätte die Mutter zwei Erbrechtsklagen aus verschiedenen Erwerbsgründen der Erbschaft versucht, wodurch diese Stelle in Verbindung mit der so eben abgehandelten Rechtsregel kommen würde; Dieses ist jedoch offenbar nicht richtig; vielmehr war die erste, wie die zweite Klage eine und dieselbe hereditatis intestati petitio, nur mit verschiedenen vorgebrachten Rechtfertigungsgründen (i). Der erste Rechtsstreit war aber schlecht geführt

(i) Die Schlußworte der Stelle: egit rupti testamenti, quae unam tantum causam entscheidet für keine dieser beiden, an sich

und schlecht entschieden worden. Die Klägerin, die einen an sich ganz unzweifelhaften Intestaterbanspruch hatte, durfte gar nicht abgewiesen werden, bevor das Pupillartestament eröffnet war (k). — Ich komme nun zu den Schlußworten der Stelle, worin Ulpian folgende Aushülfe in Aussicht stellt: sed ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam egit rupti testamenti. Diese Worte pflegen so aufgefaßt zu werden, daß es hart und unbillig seyn würde, wenn die vorige Klägerin wegen ihrer unvorsichtigen Prozeßführung leiden sollte; daher müsse sie Restitution gegen die Rechtskraft erhalten. Natürlich zeigt man sich nun geneigt, eine solche Restitution überall eintreten zu lassen, wo die Einrede der Rechtskraft einem Kläger besondere Nachtheile droht. — Diese Lehre mag milde und billig scheinen; aber es ist unleugbar, daß damit der ganze Gewinn aus dem Grundsatz der Rechtskraft, die ganze damit verbundene Rechtssicherheit, so gut als vernichtet seyn würde. Alles wäre in der That der unbeschränkten Willkühr des Richters überlassen, und es ist gar nicht denkbar, daß Ulpian ganz vorübergehend, in wenigen Worten, die ganze Lehre von der Rechtskraft, die gerade er,

denkbaren Erklärungen, da sie eben so gut von zwei verschiedenen Rechtfertigungsgründen, als von zwei verschiedenen Klagen, verstanden werden können. Eine actio rupti testamenti giebt es ja ohnehin nicht, sondern nur eine hereditatis petitio, zu deren Rechtfertigung der Kläger, unter vielen anderen Gründen, auch darauf sich berufen kann, daß ein Testament ruptum sey.

(k) *L.* 1 § 1 *testam. quemadm. aper.* (29. 3), *L.* 6 *de transact.* (2. 15).

vor allen Anderen, mit großer Conſequenz durchgeführt hat, ſollte wankend gemacht haben. — Eine hiſtoriſche Erklärung dieſer Worte liegt allerdings nahe. Zur Zeit des Ulpian hatten Frauen einen allgemeinen Anſpruch auf Reſtitution, wenn ſie durch Rechtsunwiſſenheit in Nachtheil geriethen, und zwar beſonders, wenn dieſe Rechtsunwiſſenheit bei ſchädlichen Handlungen oder Unterlaſſungen in einer Prozeßführung wahrgenommen wurde (l). Daß aber die Frau, von welcher hier die Rede iſt, durch Rechtsunwiſſenheit den Verluſt des erſten Prozeſſes ſich zugezogen hatte, iſt ſchon oben gezeigt worden. Vielleicht hatte alſo Ulpian ausdrücklich geſagt, daß der Frau dieſe Reſtitution wegen ihres Geſchlechts gegeben werden müſſe, und die Compilatoren haben dieſe Erwähnung, wegen des hierin veränderten Rechts, vertilgt (m). Allerdings kann dieſe hiſtoriſche Erklärung auf die Stelle, wie ſie als Beſtandtheil des Juſtinianiſchen Rechts vor uns liegt, nicht angewendet werden. Allein auch hier wird der ganze Schlußſatz doch nur dadurch wichtig und gefährlich, daß manche Ausleger die Worte: ex causa, auf eine unbeſchränkte Willkühr des Richters in Geſtattung einer milden Nachſicht deuten. Eben ſo nahe, und noch näher, liegt es aber, die Worte:

(l) Vgl. oben B. 3 S. 432 und S. 284 (Num. XIX.), S. 427 (Num. XXIX).

(m) Vielleicht hatte Ulpian geſchrieben: sed *sexus* causa succurrendum erit ei, ſo wie es in *L.* 2 § 7 *de j. fisci* (49. 14) heißt: si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem, *vel propter sexum femininum*, jus suum possit. Die Veränderung von *sexus* causa in ex causa war dann ſehr einfach und leicht.

ex causa, so zu erklären: wenn überhaupt ein sonst begründeter Restitutionsgrund (etwa Minderjährigkeit, Betrug u. s. w.) vorliegt. Nach dieser Erklärung ist der beiläufig hingeworfene Satz höchstens trivial, aber weder irrig noch gefährlich.

Bisher ist die Regel dargestellt worden, sowohl für die persönlichen Klagen, als für die Klagen in rem. Bei diesen letzten Klagen aber kommen zwei wichtige Ausnahmen in Betracht, in welchen die Einrede für den Fall eines anderen Erwerbsgrundes eben so ausgeschlossen bleiben muß, wie sie schon in der Regel für diesen Fall bei den persönlichen Klagen ohnehin ausgeschlossen ist. Diese Ausnahmen beziehen sich auf den Fall der causa superveniens und auf den der causa adjecta oder expressa.

a. Causa superveniens.

Wenn eine Eigenthumsklage abgewiesen wird, weil der Kläger, nach dem Ausspruch des Richters, kein Eigenthum hat, so darf die Klage, nach der oben aufgestellten Regel, selbst dann nicht erneuert werden, wenn sich der Kläger auf einen anderen Erwerbsgrund, als den der früheren Klage zum Grunde liegenden, berufen wollte. Die Erneuerung der Klage aber ist ihm ausnahmsweise erlaubt, wenn der behauptete andere Erwerb erst nach Beendigung des ersten Rechtsstreites eingetreten seyn soll (n).

(n) *L.* 11 § 4. 5 *de exc. r. jud.* (44. 2). — Ebenso, wenn in einem Rechtsstreit über die Freiheit der Sklave für frei erklärt

Eben so verhält es sich, wenn die frühere Abweisung nicht auf das fehlende Eigenthum des Klägers, sondern auf den fehlenden Besitz des Beklagten gegründet war, der Kläger aber behauptet, der damals fehlende Besitz sey nach dem Ende des früheren Rechtsstreits an den Beklagten gekommen (o).

Wenn ferner eine Erbrechtsklage abgewiesen wird, weil der Richter annimmt, der Kläger sei nicht Erbe, und nun eine neue Erbrechtsklage aus einer erst später eingetretenen Erwerbung des Erbrechts abgeleitet wird, so soll diese neue Klage durch die Einrede der Rechtskraft nicht ausgeschlossen seyn (p).

Der Grund dieser Ausnahme liegt in der oben aufgestellten Regel, daß jedes Urtheil stets nur Etwas aussprechen will und kann, für den Zeitpunkt in welchem es erlassen wird (§ 292. k. l.). Alle späteren Aenderungen der Rechtsverhältnisse liegen daher ganz außer seinem Bereich, und es kann also auch nicht auf den Erfolg einer Klage einwirken, die eine solche spätere Aenderung zum Gegenstand hat.

Wegen der durchgreifenden Allgemeinheit dieses Grundes

wird, nachher aber sein früherer Gegner das Eigenthum dieses Sklaven durch Erbschaft oder auf irgend eine andere Weise wirklich erwirbt; Diesem steht die Einrede nicht entgegen. *L.* 42 *de lib. causa* (40. 12).

(o) *L.* 17 *de exc. r. jud.* (44. 2). — Dasselbe muß behauptet werden, wenn eine Erbrechtsklage, oder eine a. ad exhibendum blos wegen des fehlenden Besitzes abgewiesen war. *L.* 9 *pr. L.* 18 *eod., L.* 8 *pr. ratam rem* (46. 8).

(p) *L.* 25 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2).

würde derselbe nicht blos, wie hier behauptet wird, auf Klagen in rem, sondern eben so auch auf persönliche Klagen Anwendung finden können. Bei diesen aber fehlt es meist deswegen an einem Bedürfniß, weil bei ihnen die ganz anders lautende Regel eine solche Ausnahme ohnehin entbehrlich macht. Dennoch kommen hier seltnere Fälle vor, worin ein solches Bedürfniß eintritt, und dann ist auch die Anwendung der angegebenen Ausnahme ganz unbedenklich. — Wenn also z. B. aus einem bedingten Vertrag vor Eintritt der Bedingung geklagt wird, so ist der Kläger abzuweisen. Tritt aber nachher die Bedingung ein, so kann die frühere Klage, ungehindert durch die Einrede der Rechtskraft, wiederholt werden (q).

b. Causa adjecta oder expressa.

Der Sinn dieser Ausnahme geht dahin, daß es dem Kläger frei steht, seine Klage in rem auf einen einzelnen, bestimmten Erwerbsgrund (z. B. Ersitzung bei dem Eigenthum, Testament bei dem Erbrecht) zu beschränken. Das hat für ihn den Nachtheil, daß er im Lauf des Rechtsstreits nicht zum Beweise eines anderen Erwerbsgrundes übergehen kann: den Vortheil, daß die Abweisung ihn

(q) *L.* 43 § 9 *de aedil. ed.* (21. 1). — Eben so, wenn wegen der bedingten Schuld nicht die Schuldklage, sondern die Hypothekarklage angestellt und abgewiesen worden ist. *L.* 13 § 5 *de pign.* (20. 1). — Eben so, wenn die persönliche Klage blos wegen einer Einrede abgewiesen wurde, deren Grund durch ein späteres Ereigniß weggeräumt wird. *L.* 2 *de exc. r. jud.* (44. 2), *L.* 15 *de obl. et act.* (44. 7).

nicht hindert, künftig die Klage zu erneuern, indem er sie alsdann aus einem anderen Erwerbsgrund ableitet (r).

Durch diese Ausnahme wird daher die Anwendung der Regel selbst auf die Fälle beschränkt, worin die erste Klage auf das Eigenthum oder das Erbrecht im Allgemeinen, ohne Hinzufügung eines einzelnen Erwerbsgrundes, angestellt wird.

Da jedoch diese zweite Ausnahme neuerlich zum Gegenstand eines lebhaften Streites geworden ist, dessen Darstellung hier den Zusammenhang allzusehr unterbrechen würde, so ist die Prüfung dieser Streitfrage in die Beilage XVII. verwiesen worden.

§. 301.

Einrede der Rechtskraft. Bedingungen. Dieselben Personen.

Die zweite Bedingung für die Anwendbarkeit der Einrede der Rechtskraft (§ 296) besteht darin, daß **dieselben Personen** als Parteien in dem zweiten Rechtsstreit erscheinen müssen, unter welchen der frühere Rechtsstreit geführt worden ist, oder in der **subjectiven Identität** beider Klagen (a). Wo diese Bedingung fehlt, wirkt die

(r) *L.* 11 § 2. *L.* 14 § 2 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(a) *L.* 3. *L.* 7 § 4 *de exc. r. jud.* (44. 2) „inter easdem personas" (abgedruckt oben § 296 S. 417). *L.* 1 *eod.*, *L.* 63 *de re jud.* (42. 1), *L.* 12 *de jurej.* (12. 2), *L.* 1 *C. inter al. acta* (7. 60), *L.* 2 *C. de exc.* (8. 36). — Über diesen Gegenstand ist im Allgemeinen zu vergleichen Keller § 44. 45.

Einrede nicht, ſo daß alſo in jedem ſpäteren Rechtsſtreit eine dritte Perſon aus dem früheren rechtskräftigen Urtheil weder Rechte geltend machen, noch einer Verbindlichkeit unterworfen werden kann (b).

Dieſe Regel iſt von beſonderer Wichtigkeit bei den Klagen in rem. Denn da das Eigenthum, und eben ſo auch das Erbrecht, als eine allgemeine, gegen Jeden wirkſame, Eigenſchaft des Berechtigten gedacht wird, ſo liegt der Gedanke ſehr nahe, daß die rechtskräftige Bejahung oder Verneinung dieſer Eigenſchaft eben ſo allgemein für und wider alle Menſchen ihre Wirkung äußern müſſe. Dennoch verhält es ſich damit ganz anders. Das Weſen der Rechtskraft beſteht in einer Fiction der Wahrheit für das geſprochene Urtheil (§ 280). Auf die Anwendung dieſer Fiction erwirbt die obſiegende Partei ein Recht gegen die unterliegende, und ſo hat das, aus dem Urtheil entſpringende Rechtsverhältniß völlig die Natur einer Obligation, und wirkt daher nicht auf fremde Perſonen, die etwa auf daſſelbe Eigenthum oder Erbrecht Anſpruch machen möchten (c). — Bei den perſönlichen Klagen, deren Gegen-

(b) *L.* 2 *C. quib. res jud.* (7. 56): „Res inter alios judicatae neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare.“

(c) *L.* 63 *de re jud* (42. 1) „... Diversa causa est, si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii, ad me pertinere dico. Nam quamvis contra Titium, me sciente, judicatum sit, nullum tamen praejudicium patior: quia neque ex eo jure, quo Titius victus est, vindico, neque potui Titio intercedere, quo minus jure suo utatur.“

ſtand ein Rechtsverhältniß zwiſchen zwei beſtimmten Perſonen iſt, kann in den meiſten Fällen ſelbſt ein ſolcher Zweifel gar nicht entſtehen, ſo daß hier jene Regel von geringerer Wichtigkeit iſt. Doch kommen auch dabei Fälle vor, worin ſich dieſelbe wirkſam zeigt. Wenn nämlich ein Gläubiger oder Schuldner ſtirbt, und mehrere Erben hinterläßt, ſo geht auf jeden Erben ein Theil des Rechtsverhältniſſes über, welcher dann Gegenſtand eines ſelbſtſtändigen Rechtsſtreites für dieſen Erben werden kann. Das Urtheil über dieſen Rechtsſtreit ſoll nun auf den, dem anderen Erben zukommenden Theil des Rechtsverhältniſſes keinen Einfluß haben, obgleich dieſes urſprünglich ein ungetrenntes Ganze war, und daher die Gründe der Entſcheidung meiſt gemeinſame ſeyn werden (d).

Wollte man die hier aufgeſtellte Regel in aller Strenge geltend machen, ſo würde dadurch der Gebrauch der Einrede ſehr eingeſchränkt werden. Ihre praktiſche Wichtigkeit beruht daher großentheils auf einigen Erweiterungen der Regel, die nun noch darzuſtellen ſind.

Dieſe Erweiterungen ſind von zweierlei Art. Die meiſten und wichtigſten beruhen auf der Anwendung des allgemeinen, ſchon anderwärts begründeten, Succeſſions-

(d) *L.* 22 *de exc. r. jud.* (44. 2). „Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agetur, nec exceptio rei judicatae eis proderit: nam etsi eadem quaestio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit.“ *L.* 63 *de re jud.* (42. 1), *L.* 2 *C. quib. res jud.* (7. 56).

verhältniſſes; wir können dieſe Erweiterungen natürliche nennen. Andere dagegen beruhen auf beſonderen Vorſchriften, herbeigeführt durch das eigenthümliche Bedürfniß einzelner Rechtsinſtitute; dieſe werden wir als poſitive Erweiterungen zu bezeichnen haben.

I. Natürliche Erweiterungen.

Die Einrede, als Wirkung der Rechtskraft, ſoll ſich nicht blos auf die früheren Parteien ſelbſt beziehen, ſondern auch auf die Succeſſoren dieſer Parteien (e).

a. Dieſer Satz gilt ſowohl für das Recht der obſiegenden, als für die Verbindlichkeit der unterliegenden Partei aus dem früheren Urtheil.

b. Er gilt ſowohl für die Univerſalſucceſſion, als für die Singularſucceſſion (f).

Für die Univerſalſucceſſion, insbeſondere für die Erben der urſprünglichen Parteien, verſteht er ſich ſo ſehr von ſelbſt, daß er dabei nicht beſonders erwähnt zu werden pflegt. Man kann dahin unter anderm auch den Fall rechnen, wenn ein Sohn in väterlicher Gewalt einen Prozeß führt und das Recht der Einrede erwirbt; dieſes

(e) *L.* 2 *C. de exc.* (8. 36) „... vel successoribus ejus.“ — In der alten Lehre von der Conſumtion machte beſondere Schwierigkeit die Frage, welche Perſonen eine Klage in judicium deduciren könnten, insbeſondere ob Procuratoren, Cognitoren u. ſ. w. Hierauf gehen *L.* 4 *L.* 11 § 7 *L.* 25 § 2 *de exc. r. jud.* (44. 2). Vgl. Keller § 37 — 44. Dieſe Schwierigkeit iſt nicht vorhanden bei der Exception in ihrer neueren Geſtalt, da ſich Alles auf die allgemeinen Grundſätze von rechtskräftiger Vertretung im Prozeß zurückführen läßt.

(f) Vgl. über dieſe Begriffe B. 1 § 103.

Recht geht, eben ſo wie jeder Erwerb des Sohnes, unmittelbar auf den Vater über (g).

Eben ſo aber geht auch auf die Singularſucceſſoren das Recht und die Verpflichtung aus der Einrede über (h), insbeſondere alſo auf den, welcher durch Kauf in das Recht der urſprünglichen Partei eingetreten iſt (i). Eben ſo, wenn der Eigenthümer einer Sache Prozeß über dieſelbe führt, und dann die Sache verpfändet, geht der Vortheil und Nachtheil aus dem rechtskräftigen Urtheil auf den Pfandgläubiger über.

c. Jener Satz iſt nur wahr, wenn die Succeſſion *nach* dem rechtskräftigen Urtheil begründet wurde; iſt ſie früher begründet, ſo hat das Urtheil keine rückwirkende Kraft für den Succeſſor (k). Wenn alſo ein Gläubiger einen Theil ſeiner Forderung einem Dritten überträgt, und dann für den übrigen Theil gegen den Schuldner klagt, ſo hat das Urtheil keinen Einfluß auf den Ceſſionar.

II. Poſitive Erweiterungen.

Dieſe haben die Natur wahrer Ausnahmen von der aufgeſtellten Regel, ſo daß in den Fällen derſelben die Vortheile und Nachtheile der Rechtskraft auf Perſonen bezogen werden, die in dem früheren Rechtsſtreit nicht als

(g) *L.* 11 § 8 *de exc. r. jud.* (44. 2).

(h) *L.* 28 *de exc. r. jud.* (44. 2). „Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus, qui judicio expertus est.“

(i) *L.* 9 § 2. *L.* 11 § 3. 9 *de exc. r. jud.* (44. 2), *L.* 25 § 8 *fam. herc.* (10. 2), vgl. oben § 298 i. —

(k) *L.* 3 § 1 *de pign.* (20. 1). *L.* 29 § 1. *L.* 11 § 10 *de exc. r. jud.* (44. 2).

Parteien erschienen, und auch nicht in ein Successionsverhältniß zu jenen Parteien eingetreten sind (l). Das praktische Verhältniß dieser Ausnahmen zu der Regel läßt sich so ausdrücken: Das richterliche Urtheil macht in der Regel jus inter partes, in diesen ausgenommenen Fällen jus inter omnes.

Man kann diese Ausnahmen auf den gemeinsamen Gesichtspunkt zurückführen, daß der Fremde, auf welchen die Wirkung der Rechtskraft bezogen werden soll, durch eine der Parteien vertreten (repräsentirt) war (m). Nur muß man nicht glauben, daß damit ein durchgreifender Grundsatz aufgestellt wäre, durch dessen freie Anwendung überall das Daseyn solcher Ausnahmen entschieden werden könnte. Vielmehr bleiben es stets nur einzelne, positiv anerkannte Fälle, und es sollte durch den aufgestellten Gesichtspunkt nur klar gemacht werden, in welcher Verwandtschaft sie unter einander stehen, und aus welchem Grunde für sie eine abweichende Behandlung angemessen gefunden worden ist.

Die einzelnen Fälle dieser Ausnahmen sind folgende:

A. Klagen, die auf einen persönlichen Zustand (status), insbesondere auf ein Verhältniß des Familienrechts, gerichtet sind.

(l) Vgl. über diese Ausnahmen: Keller § 46. 47. 48. Brackenhoeft Identität der Rechtsverhältnisse § 20.

(m) Damit hängt zusammen das Erforderniß eines justus contradictor, wovon sogleich bei mehreren einzelnen Fällen die Rede seyn wird.

Nach einer in früherer Zeit sehr verbreiteten Meinung sollten alle Klagen der hier bezeichneten Art die erwähnte besondere Natur haben. In der That kann Dieses nur in folgenden zwei Fällen behauptet werden:

a. Wenn die rechtmäßige Geburt eines Kindes, und die davon abhängige väterliche Gewalt, bestritten wird, so soll das Urtheil über den von dem Vater geführten Rechtsstreit nicht blos für die Parteien, sondern auch für alle übrigen Familienglieder, namentlich für die Geschwister des Kindes, die Wirkung der Rechtskraft haben (n).

b. Wenn über den Zustand eines Freigebornen zwischen ihm und dem wirklichen Patron, oder dem einzigen Prätendenten des Patronats, ein Rechtsstreit geführt wird, so bringt dessen Entscheidung den wirklichen Zustand eines Freigebornen oder Freigelassenen hervor, auch im Verhältniß zu allen fremden Personen, z. B. wenn von der Möglichkeit einer rechtsgültigen Ehe dieser Person die Frage entsteht, oder von der Fähigkeit derselben, in den

(n) *L.* 1 § 16. *L.* 2, *L.* 3 *pr. de agnosc.* (25. 3) „placet enim, *ejus rei* judicem *jus facere.*" Durch diese Worte soll also hier eine mehr als gewöhnlich ausgedehnte Wirksamkeit der Rechtskraft ausgedrückt werden, das jus inter omnes, im Gegensatz des jus inter partes. Vgl. oben § 282 c. — Anders verhält es sich hier bei der Entscheidung durch Eid, wobei es (für den künftigen Rechtsstreit dritter Personen) heißt: „*veritatem* esse quaerendam." *L.* 3 § 2. 3 *de jurej.* (12. 2), welche Worte den Gegensatz bilden von: res judicata *pro veritate accipitur* (s. die folgende Note). — Die absolute Wirkung des Urtheils gilt auch zum Nachtheil des Vaters, z. B. bei dem, gegen eine dritte Person angestellten Interdict de liberis exhibendis. *L.* 1 § 4 *de lib. exhib.* (43. 30).

Senat einzutreten, oder von den Verhältniſſen des Ehrechts (o).

In allen übrigen Fällen ſolcher Klagen gilt dagegen die erwähnte ausgedehntere Wirkung des Urtheils nicht; vielmehr bleibt es für ſie bei der, auf die Parteien beſchränkten Wirkung. Das Urtheil, welches einen Sclaven für frei, oder einen Freigelaſſenen für einen Freigebornen erklärt, hindert daher eine dritte Perſon nicht, denſelben als dem Sclavenrecht oder dem Patronatsrecht unterworfen in Anſpruch zu nehmen (p).

Aber auch in jenen beiden beſonderen Fällen ſoll die Ausnahme nur unter folgenden Bedingungen eintreten: Es

(o) *L.* 25 *de statu hominum* (1. 5). „... res judicata *pro veritate accipitur*“ ſ. die vorhergehende Note und oben § 282. d., *L.* 1. 4 *de collus.* (40. 16), *L.* 27 § 1 *de lib. causa* (40. 12), *L.* 14 *de j. patron.* (37. 14). Auch hier hat wieder der Eid dieſe ausgedehntere Wirkung nicht. Anders bei der Strafklage des Patrons wegen in jus vocatio, weil dieſe über das perſönliche Verhältniß der Parteien nicht hinaus geht. *L.* 8 § 1 *de in jus voc.* (2. 4).

(p) *L.* 42 *de lib. causa* (40. 12), *L.* 1. 5 *si ingen.* (40. 14). — Da indeſſen auch die ſcheinbare Ingenuität oder Libertinität, die auf dieſe Weiſe vorübergehend entſtehen konnte, große Nachtheile mit ſich führte, ſo geſtattete man wohl jedem Dritten, der für ſich Patronatsrecht in Anſpruch nehmen wollte, an dem Prozeß Theil zu nehmen, in welchem Fall dann das Urtheil auch für dieſen Dritten wirkſam wurde. Das iſt der Sinn der etwas ſchwierigen Worte in *L.* 63 *de re jud.* (42. 1). „... Nam et si libertus meus, *me interveniente*, servus vel libertus alterius judicetur, mihi praejudicatur.“ Wohl nur durch ſolche Erklärung iſt ein Widerſpruch dieſer Worte mit den unmittelbar folgenden zu beſeitigen, die oben in der Note c. abgedruckt ſind. Darauf deuten auch die Worte quo ignorante in *L.* 5 *si ingen.* (40. 14). — Beſondere Schwierigkeit entſtand bei angeblichen Miteigenthümern eines Sclaven. Hier ſuchte man zu verſchiedenen Zeiten verſchiedene Aushülfe. *L.* 9 *pr.* § 1. 2, *L.* 30 *de lib. causa* (40. 12), *L.* 29 *pr. de exc. r. jud.* (44. 2).

ſoll ein justus contradictor den Rechtsſtreit geführt haben (q); es ſoll ein contradictoriſches, nicht ein Contumacialurtheil ſeyn (r); es ſoll endlich keine Colluſion unter den Parteien zum Grunde liegen (s).

B. Klagen aus dem Erbrecht.

Auch hier wieder ſtehen die meiſten Fälle ganz unter der gewöhnlichen Regel.

Wenn alſo A. gegen B. die Erbrechtsklage anſtellt, und das Erbrecht des A. bejaht oder verneint wird, ſo hat Dieſes auf den ſpäteren Rechtsſtreit über das Erbrecht zwiſchen A. und C. oder zwiſchen B. und C. durchaus keinen Einfluß (t). Eben ſo, wenn zwiſchen dem Teſtamentserben und einem Legatar über die Gültigkeit des Teſtaments oder des Legats geſtritten wird, und nachher ein anderer Legatar gegen denſelben Erben klagt (u).

Die Fälle der Ausnahme in Beziehung auf das Erbrecht ſind folgende:

a. Wenn über die Gültigkeit eines Teſtaments zwiſchen dem Teſtamentserben und dem Inteſtaterben geſtritten und entſchieden wird, ſo ſind an dieſe Entſcheidung auch Diejenigen gebunden, die aus dieſem Teſtament als Legatare

(q) *L.* 3 *de collus.* (40. 16). Der Sinn dieſer Bedingung iſt bereits im Text erklärt worden: Der Rechtsſtreit ſoll von dem Vater, oder dem wahren Patron, oder dem einzigen Patronatsprätendenten, geführt worden ſeyn.

(r) *L.* 27 § 1 *de lib. causa* (40. 12), vgl. *L.* 24 *de dolo* (4. 3).

(s) Tit. Dig. *de collus.* (40. 16). Die Anfechtung aus dieſem Grunde war einem Jeden (als popularis actio) geſtattet.

(t) *L.* 12 *de jurej.* (12, 2).

(u) *L.* 1 *de exc. r. jud.* (44. 2).

oder Freigelaſſene u. ſ. w. Rechte ableiten; dieſe ausgedehntere Wirkſamkeit des Urtheils wird hier gleichfalls durch den Ausdruck: Judex jus facit, bezeichnet. Auch hier wird aber ein contradictoriſches Urtheil, ſo wie die Abweſenheit der Colluſion, vorausgeſetzt. Die erwähnten Perſonen haben zu ihrer Sicherheit die Befugniß, an dem Rechtsſtreit Theil zu nehmen, und ſelbſt gegen das ihnen nachtheilige Urtheil die Berufung einzulegen (v).

Es fragt ſich, ob auch die Gläubiger der Erbſchaft unter dieſer Vorſchrift ſtehen. Sie unterſcheiden ſich von den Legataren darin, daß ihr Recht an ſich von der Gültigkeit des Teſtamentes unabhängig iſt. Es kann aber für ſie gefährlich werden, unbedingt an den ſiegenden Theil in jenem Erbſchaftsſtreit verwieſen zu werden, weil dieſer vielleicht zahlungsunfähig ſeyn kann. Das Recht nun haben ſie unzweifelhaft, ſich an den zu halten, der in dem Rechtsſtreit über die Erbſchaft obgeſiegt hat (w). Aber eine Verpflichtung dazu läßt ſich wohl nicht behaupten; vielmehr muß ihnen auch verſtattet werden, ihre Schuldklagen gegen den damals unterliegenden Theil anzuſtellen, wenn ſie dieſem beweiſen können, daß er der wahre Erbe iſt.

b. Wenn ein Teſtament als inofficiosum angefochten

(v) *L.* 3 *pr. de pign.* (20. 1.), *L.* 50 § 1 *de leg.* 1. (30. un.) „jus facit haec pronuntiatio“, *L.* 14 *de appell.* (49. 1) „an jus faciat judex“, *L.* 12 *pr.* § 2 *C. de pet. her.* (3. 31).

(w) *L.* 50 § 1 in *f. de leg.* 1 (30. un.), *L.* 12 § 1 *C. de pet. her.* (3. 31).

wird, und der Richter die Klage begründet findet, so ist der Erfolg ein ganz anderer, als bei der gewöhnlichen Erbrechtsklage. Es wird angenommen, das Testament sey bis dahin gültig gewesen, und das Urtheil habe dasselbe rescindirt. Dadurch wird nun die gewöhnliche Intestaterbfolge eröffnet, die möglicherweise einer anderen Person, als dem Kläger, welcher die Rescission bewirkte, die Erbschaft verschaffen kann. Diese ausgedehntere Wirkung wird auch hier durch die Worte: Jus facit judex, bezeichnet, und sie tritt wieder nur ein, wenn das Urtheil ein contradictorisches ist (x).

C. Klagen, deren Führung einem Mitbetheiligten überlassen wird (y).

Es kann geschehen, daß der, welcher zunächst dazu berufen ist, als Kläger oder Beklagter einen Rechtsstreit zu führen, sein Recht von einem Anderen ableitet, der dann oft mehr, als er selbst, Vortheil oder Nachtheil von dem Ausgang des Streites zu erwarten hat. Er kann

(x) *L.* 6 § 1 *de inoff.* (5. 2), *L.* 8 § 16 *eod.*, *L.* 17 § 1 *eod.* „jus ex sententia judicis fieri." — Ob diese Regel noch im heutigen Recht Geltung hat, kann an dieser Stelle nicht untersucht werden. Es hängt von der allgemeineren Frage ab, ob überhaupt die Eigenthümlichkeiten der alten querela inofficiosi noch fortdauern, oder ob diese Klage durch die Novelle 115 wesentlich umgebildet worden ist. Wer diese letzte Meinung annimmt, zu der ich mich bekenne, muß die Fortdauer der ausgedehnteren Rechtskraft bei dieser Klage verwerfen, da an ihre Stelle nun eine gewöhnliche Erbrechtsklage getreten ist. — Über die Natur jener Klage im älteren Recht vgl. oben B. 2 S. 127—131.

(y) *L.* 63 *de re jud.* (42. 1). Bei Keller S. 68 fg. finden sich treffliche Bemerkungen über die schwierigen Theile dieser wichtigen Stelle.

nun diesen Anderen zum Beistand in dem Rechtsstreit auffordern, er kann ihm aber auch die eigene, selbstständige Führung des Streits überlassen. Wenn er diesen letzten Weg einschlägt, so wird der Streit für oder wider den Anderen entschieden; er selbst erscheint als Partei gar nicht, und nach der allgemeinen Regel müßte daher das Urtheil ihm weder Vortheil noch Nachtheil bringen. Hier aber wäre die Anwendung dieser Regel offenbar unrichtig, da er zunächst dazu berufen war, den Prozeß zu führen, und die Überlassung an den Anderen ganz aus seinem freien Entschluß hervorging. Hier sind also die Vortheile und Nachtheile der Rechtskraft auf ihn gerade so anzuwenden, wie wenn er selbst in dem Rechtsstreit als Partei aufgetreten wäre.

Es werden im Römischen Recht drei einzelne Anwendungen zusammengestellt, um die Natur dieser Ausnahme anschaulich zu machen, wodurch jedoch die Ausnahme selbst auf diese einzelnen Fälle keineswegs beschränkt werden soll (z).

(z) *L.* 63 *de re jud.* (42. 1) „. . Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur: veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emtae: et haec ita ex multis constitutionibus intelligenda sunt. Cur autem his quidem scientia nocet, superioribus vero non nocet, illa ratio est, quod . . . , qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios judicatae,

a. Der erſte Fall iſt der einer verpfändeten Sache, wenn dieſe in den Beſitz einer dritten Perſon kommt, die auf das Eigenthum Anſpruch macht. Hier könnte der Pfandgläubiger mit der Hypothekarklage gegen den dritten Beſitzer klagen; er kann es aber auch dem Verpfänder überlaſſen, die Eigenthumsklage gegen den Dritten anzuſtellen, deren Entſcheidung dann auch für den Pfandgläubiger wirkſam ſeyn ſoll. Eben ſo verhält es ſich, wenn der Pfandgläubiger die Sache beſitzt, und der Dritte gegen ihn die Eigenthumsklage anſtellt, in welcher er gleichfalls die Prozeßführung ſelbſt übernehmen, oder dem Verpfänder (als ſeinem Defenſor) überlaſſen kann (aa).

b. Der zweite Fall bezieht ſich auf einen Ehemann, der eine Dotalſache beſitzt, und deshalb von einem Dritten mit der Eigenthumsklage in Anſpruch genommen wird. Der Beſitzer kann wieder ſelbſt den Prozeß als Beklagter führen, oder dem Beſteller der Dos (Schwiegervater oder Ehefrau) dieſe Prozeßführung überlaſſen. In dieſem letzten Fall bringt das Urtheil auch ihm Vortheil oder Nachtheil (bb).

summovetur, *quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est.*"

(aa) Die Worte: si creditor experiri passus sit debitorem, können in dieſem Fall ſowohl auf die Stellung des Klägers, als auf die des Beklagten, bezogen werden, auf welche doppelte Beziehung auch die vorhergehenden Worte hindeuten.

(bb) In dieſem Fall iſt blos an die Stellung des Beklagten (die defensio) zu denken, da der Schwiegervater und die Ehefrau keine Vindication mehr haben. Eben ſo verhält es ſich auch in dem folgenden Fall, welches Letzte noch beſonders durch den Ausdruck possessor beſtätigt wird.

c. Eben ſo verhält es ſich in dem dritten Fall, wenn der Beſitzer einer erkauften Sache von einem Dritten mit der Eigenthumsklage in Anſpruch genommen wird. Er kann ſelbſt als Beklagter den Prozeß führen, oder dieſe Prozeßführung dem Verkäufer überlaſſen, da dieſer ohnehin für die Eviction ihm verpflichtet iſt.

D. Eine beſondere Schwierigkeit entſteht in dem Fall, wenn für ein Grundſtück, das mehreren Miteigenthümern gehört, eine confeſſoriſche oder negatoriſche Klage zu führen iſt. Wenn ſich dieſe Miteigenthümer entſchließen, den Rechtsſtreit gemeinſchaftlich zu führen, ſo iſt jede Schwierigkeit gehoben. Allein keiner dieſer Miteigenthümer hat die Befugniß, die übrigen zu dieſer Theilnahme zu zwingen (cc). Eben ſo wäre es auf der anderen Seite ſehr hart für den Gegner, wenn ihm zugemuthet werden ſollte, denſelben Rechtsſtreit gegen jeden Miteigenthümer von Neuem zu führen, mit ſtets erneuerter Mühe und Gefahr des Verluſtes. Daher ſind für dieſen Fall folgende beſondere Regeln angenommen worden.

a. Jeder Miteigenthümer kann für ſich allein die confeſſoriſche Klage auf die ganze Servitut (in solidum) anſtellen (dd), und wenn der Gegner verurtheilt wird, ſo ſoll der Vortheil der Rechtskraft auch den übrigen Miteigenthümern zu gut kommen (ee).

(cc) Martin Prozeß Ausg. 12 § 306. Mittermaier Archiv für civil. Praxis B. 3 S. 42.

(dd) *L.* 4 § 3 *si serv.* (8. 5), *L.* 6 § 4 *eod.*, *L.* 1 § 5 *de arb. caed.* (43. 27).

(ee) *L.* 4 § 3 *cit.* „victoria et aliis proderit.“

b. Die bloße Conſequenz dieſes letzten Satzes führt dahin, daß ſich die übrigen auch den Nachtheil aus der Rechtskraft des freiſprechenden Urtheils gefallen laſſen müſſen (ff). War ihnen der Rechtsſtreit bekannt, ſo haben ſie es ſich ſelbſt zuzuſchreiben, wenn ſie es unterließen, durch freiwillige Theilnahme die ungünſtige Entſcheidung abzuwenden. War er ihnen unbekannt, ſo wäre es allerdings ungerecht, wenn ſie durch die Unredlichkeit oder Nachläſſigkeit ihres Miteigenthümers in bleibenden Nachtheil kommen ſollten (gg). Allein dieſe Ungerechtigkeit wird nicht dadurch abgewendet, daß ſie die Rechtskraft des Urtheils für ſich nicht anzuerkennen brauchten, ſondern vielmehr durch eine Entſchädigungsklage gegen den, welcher den Prozeß geführt, und den Verluſt veranlaßt hat (hh). Will ſich dieſer gegen einen ſolchen Vorwurf und die damit verbundene Gefahr ſchützen, ſo kann er die übrigen durch litis denuntiatio zur Theilnahme an dem Rechtsſtreit rechtzeitig auffordern.

(ff) Cujacius, recit. in L. 4 si serv. Opp. T. 7 p. 453. Anderer Meinung iſt Glück B. 10 S. 236. Für die Richtigkeit der hier aufgeſtellten Meinung ſpricht auch die actio pluviae arcendae, bei welcher ganz Daſſelbe gilt. *L.* 11 § 1. 2 *de aqua et aq. pluv.* (39. 3).

(gg) *L.* 19 *si serv.* (8. 5) „non est aequum, hoc ceteris damno esse."

(hh) Sowohl wegen dolus, als wegen culpa, haben ſie gegen ihn, im Fall einer vertragsmäßigen Gemeinſchaft, die actio pro socio, außerdem die actio negotiorum gestorum; in beiden Fällen die actio communi dividundo. *L.* 20 *comm. div.* (10. 3). — Lag eine Colluſion beider Parteien zum Grunde, ſo haben ſie noch außerdem gegen den Gegner die doli actio, welche wichtig ſeyn kann, wenn etwa der Miteigenthümer zahlungsunfähig ſeyn ſollte. *L.* 19 *si serv.* (8. 5).

c. Wenn umgekehrt das mit der Servitut belastete Grundstück mehrere Eigenthümer hat, so kann der Gegner jeden einzelnen unter diesen mit der confessorischen Klage belangen, und es sollen dieselben Regeln, wie in dem vorhergehenden Fall, eintreten (ii), obgleich in diesem Fall kein so dringendes Bedürfniß vorhanden ist, als in dem vorhergehenden Fall, da jener gegen alle Miteigenthümer gleichzeitig und mit einer gemeinsamen Klage auftreten kann.

d. Dieselben Regeln sind ohne Zweifel von beiden Seiten auch für die negatorische Klage anzuwenden.

e. Eine hierher gehörende Bestimmung findet sich endlich noch in dem Longobardischen Lehenrecht. Hier ist dem Vasallen das Recht eingeräumt, den Rechtsstreit über das Eigenthum des Lehengutes gegen dritte Personen selbstständig, ohne Zuziehung des Lehenherrn, zu führen, mit dem ausdrücklichen Zusatz, daß der Vortheil und Nachtheil aus der rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits auch auf den Lehenherrn bezogen werden müsse. Dasselbe soll sogar gelten, wenn der Rechtsstreit nicht durch Urtheil, sondern durch Vergleich geendigt worden ist. Nur im Fall einer Unredlichkeit des Vasallen soll der Lehenherr von dieser Verpflichtung frei seyn (kk).

(ii) *L.* 4 § 4 *si serv.* (8. 5). Nur bei der servitus oneris ferendi soll diese solidarische Rückwirkung auf die übrigen Miteigenthümer insofern nicht gelten, als diese Servitut, abweichend von allen übrigen, den Eigenthümer des belasteten Grundstücks zugleich zu positiven Leistungen verpflichtet. *L.* 6 § 4 *eod.*

(kk) II. Feud. 43. — Eine ähnliche Bestimmung enthält das

Römische Recht für den Emphyteuta, den Superficiar, und den Pfandgläubiger eines Grundstücks, welchen die Befugniß eingeräumt wird, die dem Grundstück zustehenden Servituten durch confessorische Klagen selbstständig zu verfolgen. Jedoch wird dabei nicht bestimmt, daß das Urtheil auch für den Grundeigenthümer bindende Kraft haben soll, worauf doch gerade das Meiste ankommt. *L.* 16 *de serv.* (8. 1), *L.* 3 § 3, *L.* 9 *de op. novi nunc.* (39. 1), *L.* 1 § 5 *de remiss.* (43. 25).

Beilagen.

XV. XVI. XVII.

Beilage XV.

Appellatio und Provocatio.

(Zu § 285.)

I.

In der Römischen Verfassung finden sich, von sehr alter Zeit her, zwei Institute, unter den Namen appellatio und provocatio, die neben manchen Verschiedenheiten die Ähnlichkeit mit einander haben, daß durch dieselben der Ausspruch oder der Erfolg eines richterlichen Urtheils verhindert werden kann (a). Diese Ähnlichkeit haben beide auch mit dem, im Anfang der Kaiserregierung eingeführten, Instanzenzug; da nun überdem bei diesem auch die Namen der erwähnten alten Institute angewendet wurden, so werden wir auf die Annahme geführt, daß der Instanzenzug aus ihnen in geschichtlicher Entwickelung hervorgegangen ist. Wie diese Entwickelung eingetreten ist, und welches der beiden alten Institute dabei als Grundlage gedient hat,

(a) Ohne Zweifel war es diese Ähnlichkeit, wodurch Cicero veranlaßt wurde, in der von ihm dargestellten idealen Staatsverfassung, die doch ganz auf Römische Einrichtungen gebaut war, beide Institute so zu vermischen, als ob sie gar nicht verschieden gewesen wären. Cicero de leg. III. 3.

wird durch die folgende genauere Betrachtung derselben, und durch ihre Vergleichung mit den Instanzen der Kaiserzeit, zu ermitteln seyn.

II.

Die alte provocatio setzte voraus die Verurtheilung eines Römers durch eine, mit Criminalgerichtsbarkeit versehene Obrigkeit; sie bestand in der Berufung des Verurtheilten auf das höhere Urtheil der Volksversammlung, wodurch jenes erste Urtheil abgeändert oder bestätigt werden konnte (b). Darin lag also die vollständige Einrichtung einer höheren Instanz.

Nach einem unzweideutigen Zeugniß des Cicero bestand die provocatio auch schon zur Zeit der Könige (c). Nach einer Stelle des Pomponius ist sie erst nach der Vertreibung der Könige eingeführt worden (d). Neuere Schriftsteller haben diesen Widerspruch durch die Annahme zu beseitigen gesucht, daß sie bei Gründung der Republik eine ausgedehntere Anwendung, als unter den Königen, erhalten habe (e).

(b) Die quellenmäßigen Nachrichten über die provocatio, so wie die Meinungen der neueren Schriftsteller über dieselbe, sind sehr vollständig zusammengestellt bei Geib Geschichte des römischen Criminal-Prozesses. Leipzig 1842. S. 152—168. 367—392.

(c) Cicero de re publica II. 31. Vgl. Seneca epist. 108.

(d) *L.* 2 § 16 *de orig. jur.* (1. 2).

(e) Entweder so, daß sie früher nur den Patriciern zu gut gekommen wäre, später auch den Plebejern (Niebuhr Röm. Geschichte I. 361. 557); oder so, daß die, von den Königen persönlich ausgesprochenen Strafurtheile der Berufung nicht unterlegen hätten.

Während der Republik war ihre Anwendung faſt allgemein, und es werden nur zwei Obrigkeiten erwähnt, deren Strafurtheile der Berufung an die Volksverſammlung nicht unterworfen waren: die Decemvirn und die Dictatoren. Beide ſtanden außer der Reihe der regelmäßigen, ſtets fortdauernden und wiederkehrenden, öffentlichen Gewalten.

Dennoch wird in der ſpäteren Zeit der Republik, in welcher gerade der Schutz der individuellen Freiheit ſtets wachſend erſcheint, der wirkliche Gebrauch einer ſolchen Berufung an das Volk faſt gar nicht erwähnt, und dieſe auffallende Erſcheinung iſt auf folgende Weiſe zu erklären. In dieſer ſpäteren Zeit wurde faſt der ganze Criminalprozeß durch ſtändige Commiſſionen für die Unterſuchung einzelner Verbrechen beſorgt (quaestiones perpetuae). Dazu war eine Anzahl von Prätoren angeordnet, die nicht ſo, wie die älteren Criminal-Obrigkeiten, aus eigener obrigkeitlicher Macht, ſondern in Kraft dieſes beſonderen Auftrags richteten, und zwar in Gemeinſchaft mit Geſchworenen, die hierin die Stelle des Volks vertraten. Auf einen ſolchen Urtheilsſpruch, der gleichſam von dem Volk ſelbſt (nur in commiſſariſcher Form) ausgegangen war, ſchien die Berufung an das Volk nicht anwendbar.

III.

Eine ganz andere Natur hatte die appellatio, die auf einen weit allgemeineren und unbeſtimmteren Schutz der individuellen Freiheit gegen Bedrückung durch öffentliche

Handlungen aller Art (also unter andern auch im Civilprozeß) berechnet war (f). Alle solche Handlungen nämlich, wohin hauptsächlich die Ausübung obrigkeitlicher Macht gehörte, konnten verhindert werden durch den bloßen Einspruch sehr vieler einzelnen Personen. Ein solcher Einspruch hieß intercessio; die Bitte des Einzelnen, zu seinem Schutz von jener Befugniß Gebrauch zu machen, hieß appellatio.

Berechtigt zu einem solchen Einspruch gegen die Handlung einer Obrigkeit war zunächst jede andere obrigkeitliche Person, die einen gleichen, oder einen höheren Rang hatte, als der Handelnde (par majorve potestas), also Prätor gegen Prätor, Consul gegen Consul, Consul gegen Prätor, ohne Rücksicht darauf, ob die einzelne Handlung mit dem besonderen Geschäftskreise dessen, der den Einspruch that, Berührung hatte (g).

Ohne Rücksicht auf das Rangverhältniß hatten die Tribunen ein allgemeines Recht des Einspruchs nach allen Seiten hin, also auch gegen die Handlungen der Prätoren und der Consuln (h). Bald übten sie dieses Recht als

(f) Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 § 169. Keller Semestria Vol. 1 C. 1 § 8 p. 139—170.

(g) Cicero de leg. III. 3. — Nicht ganz gleichartig ist es, wenn der Prätor (nach seinem unzweifelhaften Recht) dem von ihm ernannten Juder den Auftrag entzog (vetare judicare); wohl aber, wenn ein Consul diesem Juder den Urtheilsspruch untersagte. *L.* 58 *de jud.* (5. 1). „Judicium solvitur vetante eo, qui judicare jusserat: *vel etiam eo, qui majus imperium in eadem jurisdictione habet.*" (Eadem jurisdictio ist hier im geographischen Sinn zu verstehen). Nach gesprochenem Urtheil hatte auch selbst der Prätor darüber keine Macht. *L.* 14 *de re jud.* (42. 1).

(h) Cicero de leg. III. 3.

Einzelne aus, bald in Folge einer collegialischen Berathung und Beschlußnahme.

IV.

Die Wirkung eines solchen Einspruchs war eine negative; es sollte nun zunächst gar Nichts geschehen. Daher diente im Civilprozeß der Einspruch zum Schutz des Beklagten, nicht des Klägers. Diese Einwirkung auf den Prozeß war also ähnlich einer bloßen Cassation, nicht einer Instanz, da der Einspruch keine positive Abänderung an die Stelle der verhinderten Maaßregel setzen konnte.

Dennoch war der praktische Einfluß eines solchen Einspruchs oft nicht minder stark, als der einer Freisprechung, da durch den Grundsatz der Comsumtion die Wiederholung der vorigen Klage verhindert wurde, und durch die kurze Prozeßverjährung alles Recht des Klägers leicht untergehen konnte.

V.

Gegenstand des Einspruchs konnten die verschiedensten Handlungen des Prozesses seyn; namentlich ein Decret des Prätors; eben so die Fassung der Formel, wenn etwa der Prätor ein judicium purum geben, der Einsprechende aber, zum Schutz des Beklagten, die Hinzufügung einer Einrede erzwingen wollte (i).

(i) Cicero acad. quaest. II. 30., wo dieser Fall figürlich, aber als eine bekannte Sache, erwähnt wird.

Es fragt sich, wie einem solchen Einspruch Geltung verschafft werden konnte, wenn etwa der Prätor seine abweichende Meinung hätte durchsetzen wollen, welches freilich nicht leicht vorgekommen seyn wird. Dazu fand sich das sichere Mittel, sobald der Prätor in die Lage kam, irgend einen Ausspruch durch Beschlagnahme von Sachen zur Execution zu bringen (possessio oder venditio bonorum). Diese äußere Handlung konnte durch das Verbot eines anderen Prätors oder eines Tribuns unmittelbar verhindert werden (k).

Es ist nicht zu bezweifeln, daß diese außerordentliche Maaßregel in sehr verschiedener Absicht und mit sehr verschiedenem Erfolg wird angewendet worden seyn: bald zum Schutz des wahren Rechts gegen das ungerechte Verfahren der ordentlichen Gerichtsobrigkeit; bald zum Schutz wahrer oder vermeintlicher Billigkeit gegen die Strenge des bloßen Buchstabens; bald als wahrer Mißbrauch, als parteiischer Eingriff in den richtigen Gang des Prozesses (l).

VI.

Es ergiebt sich aus dieser ganzen Darstellung, daß diese sonderbare Einrichtung die etwas zweideutige Natur einer blos indirecten Einwirkung auf den Gang der Rechtspflege hatte. Daher erklären sich die scheinbar widersprechenden Äußerungen alter Schriftsteller über die ver-

(k) Keller l. c., p. 140—145. (l) Keller l. c., p. 151—155.

faſſungsmäßige Stellung der Tribunen. Bald wird von ihnen geſagt, ſie hätten keinen Theil an der Rechtspflege (m). Dagegen werden ſie in unzweideutigen anderen Stellen mitten unter den richterlichen Obrigkeiten aufgezählt, und ſelbſt als Recht ſprechend erwähnt (n). Es wird beſonders bemerkt, daß ſie ſtets in der Lage ſeyen, in den Civilprozeß eingreifen zu können, und daß es deshalb nicht für ſchicklich erachtet werden könne, wenn ſie während ihrer Amtsführung für Andere als Sachwalter auftreten wollten (o).

VII.

Die hier aufgeſtellten allgemeinen Anſichten von der provocatio und appellatio, ihrer Ähnlichkeit und Verſchiedenheit, werden durch folgende Reihe von Beiſpielen aus der Römiſchen Geſchichte ſowohl Anſchaulichkeit als Beſtätigung erhalten.

Beſonders wichtig ſind hier die Ereigniſſe während der kurzen Regierung der Decemvirn und gleich nach dem Sturze derſelben, indem dabei die beiden oben genannten Inſtitute neben einander, und in ihrer verſchiedenartigen Wirkſamkeit, erwähnt werden.

Die Decemvirn wurden ernannt sine provocatione, das heißt ſo, daß von ihren Strafurtheilen eine Berufung

(m) Gellius XIII. 12. „Tribuni antiquitus creati videntur non juri dicundo.“

(n) Auct. ad Herennium II. 13, *L.* 2 § 34 *de orig. jur.* (1. 2).

(o) Plinius epist. I. 23.

an die Volksversammlung nicht zulässig seyn sollte. Dagegen galt auch hier die appellatio, indem jeder Römer, der sich von einem der Decemvirn bedrückt glaubte, irgend einen Collegen desselben um seinen Einspruch bitten konnte. Allein im zweiten Jahre dieser ungewöhnlichen Regierung wurde selbst diese Zuflucht durch Übereinkunft der Decemvirn vereitelt, so daß jeder Versuch einer appellatio nur eine noch härtere Behandlung des Bedrückten zur Folge hatte (p).

Nach dem Sturz der Decemvirn klagte der Tribun Virginius den Appius vor dem Volke an, und bedrohte ihn mit augenblicklicher Verhaftung, wenn er nicht Bürgen stelle für ein gerichtliches Verfahren vor einem Juder. Appius versuchte gegen diese Drohung vergeblich zuerst eine provocatio an das Volk, dann eine appellatio an andere Tribunen; er wurde in das Gefängniß abgeführt, wo er sein Leben endigte (q).

VIII.

Folgende Fälle geben Zeugniß von dem Einspruch im Civilprozeß, der durch die appellatio gleicher oder höherer obrigkeitlicher Personen bewirkt wurde.

Verres erließ als Prätor viele Decrete im Widerspruch mit seinem eigenen Edict. Diese unerhörte Willkühr hatte die Folge, daß sein College, der Prätor

(p) Livius III. 33. 34. 36. (q) Livius III. 56. 57.

L. Piso, durch oft wiederholten Einspruch solcher Ungerechtigkeit mit Erfolg entgegen trat (r).

Als zur Abbürdung der Schulden die Abtretung von Vermögensstücken nach einer öffentlichen Taxe eingeführt worden war, erhielt der Prätor C. Trebonius den Auftrag, diese neue Vorschrift zur Ausführung zu bringen. Der Prätor M. Coelius, der diese Maaßregel mißbilligte, suchte sie dadurch zu vereiteln, daß er sein Tribunal neben dem Tribunal des Trebonius aufrichtete, und jedem Verklagten, der sich an ihn wenden würde, den Einspruch gegen das Verfahren des Trebonius anbot. Es meldete sich jedoch Niemand, um von diesem Anerbieten Gebrauch zu machen (s).

Ein verstorbener Freigelassener hatte, mit Übergehung seines Patrons, den Verschnittenen Genucius (matris magnae Gallus) zum Erben eingesetzt (t). Der Prätor Cn. Orestes gab dem eingesetzten Erben zuerst eine B. P. secundum tabulas, dann eine Erbschaftsklage (u). Allein der Consul Lepidus entkräftete dieses Verfahren des Prätors (v) zum Vortheil des Patrons, und zwar aus dem Grunde, weil der eingesetzte Erbe weder Mann, noch Weib sey (w).

(r) Cicero in Verrem II. 1. C. 46.

(s) Caesar de bello civ. III. 20.

(t) Valerius Max. VII. 7 § 6.

(u) Es wird restitutio in bona genannt; wahrscheinlich war es ein Interdict quorum bonorum.

(v) „praetoriam jurisdictionem abrogavit."

(w) Die wirksame Intercession des Consuls gegen das vom Prätor eingeleitete Verfahren ist klar; nicht so klar ist der vom Consul angegebene Grund. Wollte etwa

IX.

Die Einwirkung der Tribunen in den Civilprozeß tritt in folgenden Fällen hervor.

In einem Prozeß des Quinctius hatte ein Prätor mit Unrecht ein Decret auf Bürgschaft erlassen. Die Tribunen wurden um Einspruch gebeten, und ohne diesen unmittelbar auszusprechen, bewirkten sie doch durch ihre Drohung, daß mit der Execution eingehalten wurde (x).

M. Tullius hatte gegen Q. Fabius eine Klage angestellt de vi hominibus armatis coactisve damno dato. Der Beklagte verlangte, daß in die Formel der beschränkende Zusatz aufgenommen werde: *injuria* damno dato; mit Unrecht, da diese Beschränkung nicht in die erwähnte Klage, sondern nur in die a. L. Aquiliae gehörte. Als der Prätor in dieses Verlangen nicht einging, appellirte der Beklagte an die Tribunen; allein diese billigten das Decret des Prätors über die Fassung der Formel, und erklärten: nihil se addituros (y). — Wären die Tribunen dem Verlangen des Beklagten beigetreten, so würden sie das auf

der Consul den Castraten für ehrlos halten, und daher unwürdig, das Tribunal zu betreten, so hatte ja dem Consul diese persönliche Berührung Niemand zugemuthet; auch konnten selbst wirklich Ehrlose für sich selbst postuliren. (*L.* 1 § 8 *de his qui not.*). Vielleicht sollte eine analoge Anwendung der L. Voconia gemacht werden, indem der Castrat noch weniger als ein Weib sey, also mindestens eben so unfähig zur Erbeinsetzung. Vgl. *L.* 12 § 1 *de bon. poss.* (37. 1).

(x) Cicero pro Quinctio C. 7. 20. 21. Keller l. c., p. 139 sq.

(y) Cicero pro Tullio C. 7. 38. 39. 40. Keller l. c., p. 144. 145.

dieſe, von ihnen mißbilligte, Formel gegründete Verfahren in allen ſeinen praktiſchen Folgen verhindert haben.

Bei einer Klage von Provinzialen gegen die Erpreſſungen des C. Antonius hindern die Tribunen das Decret, welches der Prätor der Peregrinen auf dieſe Klage erlaſſen wollte (z).

Ähnliche Eingriffe der Tribunen finden ſich auch im Criminalprozeß. So wurde einmal von ihnen einem Angeklagten verboten, ſich zu verantworten, welches Verfahren als unerhört dargeſtellt wird (aa). — Als bei einem anderen Criminalprozeß ein einzelner Juder fehlte, indem er in einem Civilprozeß beſchäftigt war, verbot ein Tribun die Abſtimmung und befahl, die Civilſache auszuſetzen, damit jener Juder an der Criminalſache Antheil nehmen könne (bb).

X.

Es iſt ſchon oben bemerkt worden, daß ſich bald nach dem Anfang der Kaiſerregierung ein regelmäßiger Inſtanzenzug im Civilprozeß findet, welcher bis zum Kaiſer aufwärts geht, und wovon während der Republik Nichts zu bemerken iſt. Bei der ganzen Gründung der Kaiſergewalt aber finden wir durchgehend den Grundſatz feſtgehalten, etwas der Form und dem Namen nach ganz Neues nicht zu erfinden, ſondern alte Einrichtungen der Republik zu

(z) Asconius in or. Cic. in toga candida p. 84 ed. Orell.
(aa) Cicero in Vatin. C. 14. (bb) Cicero pro Cluentio C. 27.

benutzen, um aus der bisher ungewohnten Verbindung derſelben das wahrhaft Neue unbemerkt hervorgehen zu laſſen.

Dieſe Analogie führt zu der ſehr wahrſcheinlichen Vermuthung, daß auch jener Inſtanzenzug an die oben erwähnten alten Inſtitute (provocatio und appellatio), als neue Entwickelung derſelben, wird angeknüpft worden ſeyn, und es fragt ſich dann zunächſt, an welches unter dieſen beiden Inſtituten.

Manche haben die provocatio der alten Verfaſſung als Grundlage der neuen Inſtanzen angenommen, und es ſcheint dafür der Umſtand zu ſprechen, daß in der provocatio in der That ein wahrer Inſtanzenzug enthalten war. Dennoch muß ich dieſer Annahme entſchieden widerſprechen. Erſtlich, weil die alte provocatio nur auf Criminalſachen, nie auf den Civilprozeß, angewendet wurde. Zweitens, weil in der Annahme einer provocatio an den Kaiſer die förmliche Gleichſtellung der kaiſerlichen Gewalt mit der Gewalt des alten populus gelegen hätte, deren Schein noch lange Zeit hindurch ſehr ſorgfältig vermieden wurde, indem die Kaiſer nur obrigkeitliche, von dem populus übertragene, Gewalten auszuüben ſcheinen wollten.

XI.

Giebt man nun die Anknüpfung des neuen Inſtanzenzuges an die provocatio auf, ſo bleibt nur noch die appellatio als Grundlage der neuen Einrichtung übrig, und in

dieſer iſt auch in der That eine völlig genügende Grundlage für den Inſtanzenzug zu finden.

Zuvörderſt iſt es unzweifelhaft, daß der Kaiſer in ſeinen verfaſſungsmäßigen Amtsrechten die Mittel beſaß, um aus allen Theilen des Reichs in Civilprozeſſen Appellationen anzunehmen, und durch Einſpruch auf den Erfolg des Rechtsſtreits einzuwirken. In Rom und Italien diente dazu die tribunicia potestas, die ſchon im J. 706 an Cäſar, im J. 724 an Auguſt, lebenslänglich verliehen wurde (cc). In der kaiſerlichen Hälfte der Provinzen war der Unterſtatthalter ohnehin von den Anweiſungen des Kaiſers, der ihn angeſtellt hatte, ganz abhängig. In den Senatsprovinzen aber hatte der Kaiſer das Recht der intercessio gegen alle gerichtlichen Handlungen des Proconſuls, mit welchem er vermöge ſeiner allgemeinen proconsularis potestas gleichen Rang hatte.

Obgleich nun oben gezeigt worden iſt, daß die alte appellatio und intercessio, nach ihrer an ſich nur verneinenden und hindernden Natur, von einer eigentlichen Inſtanz weſentlich verſchieden war, und mehr die Natur einer bloßen Caſſation hatte, ſo liegt doch in der Natur der Caſſation, ſobald ſie regelmäßig und oft wiederkehrend ausgeübt wird, eine natürliche Annäherung an die Inſtanz. Gerade die regelmäßige und häufige Ausübung war während der Republik unmöglich, weil die Gewalt der

(cc) Dio Cassius XLII. 20, LI. 19.

Tribunen nur einjährig, durch Theilung unter Viele geschwächt, durch die wichtigere Beschäftigung mit politischen Zwecken fast ausschließend in Anspruch genommen war. Dieses Alles verhielt sich bei der fortdauernden tribunicia potestas des Kaisers ganz anders. Dennoch würde auch hier die Entstehung eines eigentlichen Instanzenzuges vielleicht gar nicht, vielleicht erst später, eingetreten seyn, wenn nicht das innere Bedürfniß dazu angetrieben hätte (§ 284). Dieses Bedürfniß zu befriedigen, war in dem ruhigen Gang der einmal gegründeten Monarchie möglich und leicht, und daß die bloße Benutzung der, ohnehin bekannten und unbestrittenen, Bestandtheile der kaiserlichen Gewalt dazu völlig ausreichte, ohne daß es dazu einer ganz neuen Erfindung, ja selbst nur neuer Formen und Namen, bedurfte, ist so eben gezeigt worden.

Man könnte die hierin eintretende Veränderung so ausdrücken: Der Kaiser wendete die, ihm ohnehin allgemein zukommende, appellatio und intercessio auf das Verfahren im Civilprozeß so allgemein und regelmäßig an, daß in dieser neuen Entwicklung die appellatio zugleich die Natur einer provocatio annahm.

XII.

Eine wichtige Bestätigung der hier aufgestellten geschichtlichen Erklärung des Instanzenzuges liegt in der, unter der Kaiserregierung schnell eintretenden Umbildung des Sprachgebrauchs. Noch bei Livius werden die Aus-

drücke provocatio und appellatio in ihrer eigenthümlichen Bedeutung streng aus einander gehalten (Note p. q.). Bald aber verschwindet diese Unterscheidung, so daß nun beide Ausdrücke als ganz gleichbedeutende Bezeichnungen eines und desselben Begriffs gebraucht werden, wie wir Dieses namentlich in unseren Rechtsquellen durchaus wahrnehmen.

Plinius hist. nat. VI. 22 (von einem Indischen Volk): „sic quoque *appellationem* esse *ad populum.*“

Gellius IV. 4: „Mamilia ad tribunos plebei *provocavit.*“

Gellius VII. 19: „Scipio Africanus fratris nomine ad collegium tribunorum *provocabat.*“

L. 1 § 1 *quae sent.* (49. 8): „nec *appellare* necesse est, et *citra provocationem* corrigitur.“

L. 1 § 1 *a quib. app.* (49. 2): „Et quidem stultum est, illud admonere, a principe *appellare* fas non esse, cum ipse sit *qui provocatur.*“

XIII.

Man könnte nun glauben, neben dem neuen, in der kaiserlichen Gewalt vereinigten, Instanzenzug seyen die alten, getrennten Institute der provocatio und appellatio in ihrer Eigenthümlichkeit völlig verschwunden. Allerdings war jetzt von einer provocatio an die Volksversammlung durchaus nicht mehr die Rede. Dagegen dauerte das frühere Recht der einzelnen Volkstribunen, Appellationen

anzunehmen, und sich durch Intercession in den Civilprozeß einzumischen, noch neben der neuen Instanzeneinrichtung unverändert fort; es blieb aber so unbedeutend als früher. Diese Fortdauer bezeugt aus eigener Erfahrung der jüngere Plinius, der es eben deshalb für unschicklich erklärt, wenn Tribunen während ihrer Amtszeit in fremden Prozessen als Vertreter von Parteien auftreten wollten (Note o).

Beilage XVI.

L. 7 de exceptione rei judicatae (44. 2).

(Zu § 296 und § 299.)

Keine einzelne Stelle der Digesten liefert so reichhaltige Belehrung für die Lehre von der Rechtskraft, als diese. Sie zeichnet sich aus, eben so durch tief eingreifende Regeln, als durch die Schärfe, Bestimmtheit und Sicherheit ihrer Entscheidungen. Dieses Lob kann indessen nur unbedingt gelten von dem Anfang und Ende der Stelle; in der Mitte liegt gar manches Dunkle, Zweifelhafte, scheinbar Widersprechende.

Ich glaube, diese Schwierigkeiten ganz oder großentheils beseitigen zu können durch eine andere Erklärung der Stelle, deren Verschiedenheit von der bisher üblichen Erklärung durch eine veränderte Abtheilung der Paragraphen anschaulich werden wird. Dieses einfache Mittel ist von jeher als allgemein zulässig, und ganz in das Gebiet der bloßen Auslegung fallend, angesehen worden; wesentlich verschieden von einer versuchten Verbesserung des Textes,

da die Abtheilung in Paragraphen, wie wir sie in unsren Ausgaben finden, lediglich das Werk der Herausgeber ist, also nicht zum Bestand des handschriftlichen Textes gehört.

Dennoch könnte dieses Verfahren mit einigem Mißtrauen betrachtet werden, wenn es in der Absicht eingeschlagen würde, eine, durch die bisher übliche Erklärung der Stelle unterstützte, fremde Lehre von der Rechtskraft wankend zu machen, und eine eigene neue Lehre an deren Stelle zu setzen; wenn ferner die bisher übliche Auffassung der Stelle von den Auslegern befriedigend gefunden worden wäre, und diese jetzt in ihrem ruhigen Besitz gestört werden sollten. Von diesem Allen aber findet sich hier gerade das Gegentheil.

Der dunkle, zweifelhafte Theil der Stelle ist bisher von keiner Seite dazu benutzt worden, um irgend eine Lehre von der Rechtskraft darauf zu gründen, und er soll auch von mir nicht dazu benutzt werden. Die Zweifel, die dabei in Erwägung kommen, liegen überhaupt nicht in der Lehre von der Rechtskraft, sondern in ganz andern Theilen der Rechtswissenschaft, hauptsächlich in den Lehren vom Eigenthum und Besitz. — Was aber die Hauptsache ist: die Ausleger, die sich bisher mit diesem dunklen Theil der Stelle ernsthaft beschäftigt haben, sind mit demselben, so wie er bis jetzt aufgefaßt wurde, nicht im Geringsten zufrieden, können also auch nicht in einem friedlichen Besitzstand gestört werden. Folgende Äußerungen werden diese Behauptung ganz außer Zweifel setzen.

Donellus äußert sich über die vorliegende Stelle in folgenden Worten (a): Hoc quidem Ulpianus negaverat obiter in principio L. 7 D. de exc. rei jud. his verbis ... Sed quod hic exempli tantum caussa, et velut aliud agens posuerat, id corrigit postea, et mutat ex professo in lapidibus, cementis, et tignis, addita in § 2 ea ratione, ex qua facile intelligere liceat, hoc idem illud et de tabulis navis sentire. Offenbar wird hier angenommen, daß Ulpian den Gegenstand sehr leichtfertig behandelt habe.

Keller erklärt die vermeintlichen Widersprüche in der Stelle aus einem steten Schwanken des Verfassers zwischen der positiven und negativen Function der Einrede. Zugleich setzt er voraus, die hier vorliegende Stelle des Ulpian möge vielleicht ein sehr unvollständiger Auszug seyn, den die Verfasser der Digesten aus einer längeren Stelle gemacht haben möchten, mit Weglassung vieler Citate aus anderen alten Juristen (b). — Eben so urtheilt ein anderer Schriftsteller, Ulpian habe ganz verschiedene Dinge durch einander geworfen, und sey dadurch zu sehr schwankenden Entscheidungen geführt worden (c).

(a) Donellus Lib. 22 C. 5 § 9.

(b) Keller S. 261—276, besonders 263. 271. Das Schwanken zwischen beiden Gestalten der Exception kann ich gerade bei dieser Stelle am wenigsten annehmen, die zuerst in der Mitte (§ 1), und dann noch bestimmter gegen das Ende (§ 4), den Grundsatz der positiven Function der Einrede so klar ausspricht und so consequent durchführt.

(c) Brackenhoeft Identität der Rechtsverhältnisse S. 209 fg., besonders S. 210. 215.

Alle dieſe Ausleger ſind alſo mit der vorliegenden Stelle des Schriftſtellers in hohem Grade unzufrieden, und würden es ſich ganz wohl gefallen laſſen, wenn es gelänge, durch eine neue Erklärung die Widerſprüche zu beſeitigen, durch deren Annahme ſie zu ſo harten Urtheilen über den alten Juriſten beſtimmt wurden.

Hienach ſoll der folgende Verſuch nicht dazu dienen, in der Lehre von der Rechtskraft eine eigene neue Lehre zu rechtfertigen, oder eine fremde Lehre zu bekämpfen. Er iſt vielmehr dazu beſtimmt, erſtlich für den Verfaſſer der Stelle als Ehrenrettung zu dienen, zweitens das unheimliche Gefühl zu entfernen, welches unvermeidlich zurück bleibt, wenn in der Mitte der klarſten und reichhaltigſten Stelle über die Rechtskraft eine Reihe von Äußerungen ſich findet, die als unzuſammenhangend, ſchwankend, oder ſogar als völlig widerſprechend anerkannt werden müßten.

Nach dieſer Vorbereitung laſſe ich den Text unſerer Stelle mit den nöthigen Erklärungen folgen.

Princ. Si quis, cum totum petisset, partem petat: exceptio rei judicatae nocet; nam pars in toto est: eadem enim res accipitur, etsi pars petatur ejus, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat, vel pro diviso, vel pro indiviso: dicendum erit, exceptionem obstare. Proinde etsi proponas mihi, certum locum me petere ex eo fundo, quem petii, obstabit exceptio. Idem erit probandum, etsi

duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur: nam nocebit exceptio (d).

§ 1. Item (e) si quis fundum petierit, mox arbores

(d) Dieser Theil der Stelle ist schon oben mitgetheilt und ausführlich erklärt worden (S. 448). Er ist eben so gerechtfertigt von dem Standpunkt der positiven, als der negativen Function aus, und Ulpian entscheidet hier mit unzweifelhafter Sicherheit, ohne dem Gedanken an eine mögliche Meinungsverschiedenheit Raum zu lassen.

(e) In diesem Theil der Stelle liegt die vorgeschlagene neue Abtheilung und die darauf gegründete neue Erklärung der Stelle. Die Ausgaben ziehen die Worte Item si bis tabulas vindicem noch zu dem princ. und fangen den § 1 erst mit den Worten Si ancillam an. Dadurch werden alle in jenen Worten enthaltenen Fälle mit in den vorhergehenden Ausspruch hineingezogen, daß die Einrede unzweifelhaft anwendbar sey (nam nocebit exceptio). Betrachten wir dabei zuerst das Sprachliche, dann das Sachliche. Jeder Anfang eines Satzes mit Item bezeichnet eine Verwandtschaft dieses Satzes mit dem vorhergehenden; diese Verwandtschaft aber kann im Grad und Umfang verschieden seyn. Sie kann sich beziehen sowohl auf die in beiden Sätzen erwähnten Fälle (die zu entscheidenden Fragen), als auf die Behandlung dieser Fälle (die Entscheidung selbst); sie muß aber nicht sprachlich diese Ausdehnung haben, kann sich vielmehr auch beschränken auf den Fall oder die Frage, neben mehr oder weniger Verschiedenheit in der Behandlung und Entscheidung. Wenn in dem vorliegenden Fall die ganze Stelle abschlösse mit den Worten tabulas vindicem, so wäre es durchaus nothwendig, die Verwandtschaft der Sätze in der größten Ausdehnung anzunehmen, so wie es die Ausgaben voraussetzen. Jetzt aber, da ein anderer Satz, mit anderem Ausgang, folgt (magnae quaestionis est), haben wir sprachlich ganz freie Wahl, und diese Wahl kann nur durch sachliche Gründe entschieden werden. Diese Gründe aber sprechen für die von mir vorgeschlagene Abtheilung, indem nur auf diesem Wege der handgreifliche Widerspruch mit der Entscheidung des § 2 über die cementa verhütet werden kann, durch dessen Anerkennung eben alle Ausleger zu so harten Urtheilen über Ulpian verleitet werden. — Meine Erklärung der Stelle läßt sich etwa so ausdrücken: „Wenn ferner Jemand zuerst ein Landgut vindicirt, und später (nachdem er abgewiesen worden) abgehauene Bäume aus diesem Landgut, oder auch ein Haus ...

excisas ex eo fundo petat: aut insulam petierit, deinde aream, vel tigna, vel lapides petat: item si navem petiero, postea singulas tabulas vindicem: si (f) ancillam praegnantem petiero, aut (g) post litem contestatam conceperit et pepererit, mox partum ejus petam: *utrum idem petere videor, an aliud, magnae quaestionis est* (h). Et quidem ita definiri potest, totiens eandem rem agi, quotiens apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est (i). *In his igitur fere omnibus exceptio nocet* (k).

oder ein Schiff ... oder eine Sclavin ... so ist in allen diesen Fällen die Anwendbarkeit der Exception ein Gegenstand großer Zweifel und Streitfragen." (Behauptet wird darüber von Ulpian bis dahin noch gar Nichts).

(f) Daß dieser Fall nicht so, wie die übrigen, mit item eingeleitet wird, kann der bloßen Abwechslung wegen geschehen seyn. Es ist aber auch möglich, daß item wirklich da stand, und daß es durch die scheinbare Ähnlichkeit mit den vorhergehenden Sylben icem ausgefallen ist. In dieser Voraussetzung können wir es durch Gemination herstellen.

(g) Die Handschriften und Ausgaben lesen hier et, welches jedoch gar keinen Sinn giebt, da die zur Zeit der Klage (der Litiscontestation) bereits schwangere Sclavin unmöglich gleich nachher nochmals schwanger werden kann. Die sehr gelinde Veränderung in aut giebt folgenden einfachen Sinn: „wenn eine vindicirte Sclavin entweder schon zur Zeit der L. C. schwanger ist, oder gleich nachher, während des Prozesses, schwanger wird." Vor conceperit ist also hinzu zu denken: ancilla petita; eine Veränderung des Textes ist deshalb nicht nöthig.

(h) Diese Worte beziehen sich nun auf alle Fälle zugleich, die nach dem gegenwärtigen Abdruck im § 1 voranstehen (Note e).

(i) In diesen Worten wird ein leitender Grundsatz aufgestellt, der zur Lösung aller zusammengestellten Streitfragen dienen soll. Dieser Grundsatz aber besteht darin, daß beide Klagen auf der Entscheidung einer und derselben Rechtsfrage beruhen müssen, wenn die Exception anwendbar seyn soll (S. 417. 418).

(k) Die Anwendung des aufgestellten Grundsatzes soll nach Ulpian's Ausspruch dahin führen,

§ 2. Sed in cementis et tignis diversum est (l): nam is, qui insulam petit, si cementa, vel tigna, vel quid aliud suum petat, in ea condicione est, ut videatur aliud petere: etenim cujus insula est, non utique et cementa sunt: denique ea, quae juncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest (m).

daß beinahe in allen vorher angegebenen streitigen Fällen die Exception wirklich anwendbar sey. Sehen wir zu, ob sich dieser Ausspruch bewährt. Die Exception ist in der That anwendbar: 1. bei dem Landgut und den abgehauenen Bäumen, 2. bei dem Haus und dem leeren Boden (area), 3. bei der Sclavin und dem, vor oder nach der Klage erzeugten, Kind derselben. Sie ist nicht anwendbar bei dem Haus und dem Baumaterial, wie der § 2 ausdrücklich sagt.

(l) Der Fall der Baumaterialien wird also als der einzige genannt, worin es anders gehalten werde, indem hier die Exception nicht anwendbar sey. Dieses paßt sehr gut als Gegensatz zu den unmittelbar vorhergehenden Worten: in his *fere* omnibus. Das *Sed* in cementis drückt daher ein nur aus, und giebt die Erklärung des *fere*. — Der Ausspruch über die cementa ist hier übrigens so entschieden und unzweifelhaft, daß dadurch die gewöhnliche Erklärung der vorhergehenden Erwähnung der cementa ganz unmöglich wird (Note e). Der wahre Grund dieses von den übrigen Fällen verschiedenen Ausspruchs wird in der folgenden Note angegeben werden.

(m) Über die Schiffe erklärt sich Ulpian nicht; ich glaube aber, daß es bei den Brettern eines Schiffes eben so gehalten werden muß, wie bei den Balken eines Hauses. Wenn der Richter die Vindication eines Schiffes abweist, so liegt darin keine stillschweigende Verneinung des Eigenthums an einzelnen Brettern, weil er ein solches Eigenthum in dieser Lage des Rechtsstreits gar nicht zuerkennen kann; dazu müßte erst eine Abtrennung der Bretter durch die a. ad exhibendum vorher bewirkt worden seyn. *L.* 23 § 5 *de R. V.*, *L.* 6 *ad exhib.* — Der Unterschied des Schiffes von dem Hause besteht nur darin, daß bei dem Hause nicht einmal diese vorhergehende Abtrennung verlangt werden kann. *L.* 6 *cit.*, *L.* 7 § 10 *de adqu. rer. dom.* Ohne Abtrennung ist eine Vindication oder ein Zusprechen der einzelnen Bestandtheile in beiden Fällen gleich unmöglich.

§. 3. De fructibus eadem quaestio est, ut (n) de partu; haec enim nondum erant in rebus humanis, sed ex ea re sunt, quae petita est: magisque est, ut ista exceptio noceat (o). Plane si in restitutionem vel fructus, vel

(n) Die Handschriften und Ausgaben lesen et, der Sinn fordert ut. Der Sinn geht nämlich dahin, daß die oben für das Sclavenkind aufgeworfene Frage ganz eben so auch für die Früchte aufgefaßt und beantwortet werden müsse (wohin die gleich Anfangs genannten arbores excisae gerechnet werden können). Anstatt ut könnte auch gesetzt werden ac, welches durch die gemeinsame Abbreviatur der Handschriften in et irrig übergegangen seyn könnte.

(o) Die Handschriften und Ausgaben lesen: *non* noceat, allein die Glosse sagt: „Si habes sine *non*, plana est . . . si vero habeas *non noceat*, ut habent fere omnes communiter" rel. Es ist nicht richtig, Dieses als eine von Accursius vorgeschlagene Emendation aufzufassen; vielmehr liegt darin das Zeugniß, daß in der That zwei handschriftliche Lesearten vorlägen, zwischen welchen zu wählen sey, deren eine jedoch die überwiegende Zahl der Handschriften für sich habe; für beide Texte werden dann Erklärungen versucht. — Die Lesart *noceat* (ohne non) halte ich aus folgendem Grunde für die richtige. Nach dem Grundsatz der negativen Function könnte man vielleicht unterscheiden wollen zwischen der Erzeugung vor oder nach der L. C.; Ulpian aber unterscheidet nicht. Nach dem Grundsatz der positiven Function (der eadem quaestio), den Ulpian in der ganzen Stelle überall aufstellt und anwendend durchführt, ist die allgemeine Anwendbarkeit der Exception unzweifelhaft, da die Verneinung des Eigenthums an der Mutter auch die Vindication des von dieser Mutter gebornen Kindes unmöglich machen muß. Was aber diese Lesart und Erklärung durchaus nothwendig macht, ist der Ausdruck des § 1: In his *fere omnibus* . . . nocet. Dieser Ausdruck wäre ganz widersinnig, wenn gerade in den so häufigen Fällen der Sclavenkinder und der Früchte das Gegentheil gelten sollte. — Die Worte: haec enim nondum . . petita est müssen nun so erklärt werden: „denn wenngleich das Kind in manchen Fällen zur Zeit der Klage noch nicht existirte, also nicht mit in iudicium deducirt war, so ist doch überall durchgreifend der Grundsatz der eadem quaestio, indem hier das Eigenthum an dem später vindicirten Kind nur aus dem Eigenthum an der Mutter abgeleitet werden soll (sed ex ea re sunt, quae petita est), welches

etiam partus venerunt, aestimatique sunt: consequens erit dicere, exceptionem objiciendam (p).

§ 4. Et generaliter . . . exceptione summovebitur.

§ 5. Idem erit probandum . . . videntur in petitionem deduci (q).

Die bisher versuchte Erklärung der Stelle des Ulpian in ihren einzelnen Theilen wird noch anschaulicher werden durch die folgende zusammenhängende Darlegung des Gedankenganges.

Der Verfasser fängt an mit der Betrachtung einer Reihe von Fällen, in welchen zuerst ein Ganzes eingeklagt (und abgewiesen) wird, dann ein Theil dieses Ganzen. In allen diesen Fällen, sagt er, ist die Exception entschieden anwendbar, und er erwähnt dabei nicht einmal

Letzte aber durch das frühere Urtheil verneint worden ist." Bei den Worten: haec enim muß also hinzu gedacht werden ein etsi oder quidem, und daraus, daß Dieses übersehen, und daher in diesen Worten der positive Grund der Entscheidung gesehen wurde (anstatt eines bloßen Zweifelsgrundes), ist eben die falsche Lesart: *non* noceat entstanden.

(p) Dieser letzte Satz (Plane si rel.) enthält nach der gewöhnlichen Erklärung (mit *non* noceat) eine entgegengesetzte Entscheidung; nach meiner Erklärung enthält er eine gleiche Entscheidung, aber aus einem anderen, von den übrigen Meinungsverschiedenheiten ganz unabhängigen, also noch durchgreifenderen Grunde. Wenn nämlich in dem früheren Rechtsstreit der Beklagte gewisse Früchte bereits durch Geldentschädigung vergütet, also erkauft hat, so würde eine neue Vindication derselben Früchte den ganz unzweifelhaften Grundsätzen der Concurrenz völlig widersprechen (§ 232).

(q) Die zwei letzten Paragraphen, die mit den bisher abgehandelten Schwierigkeiten der ganzen Stelle keine Berührung haben, sind schon oben mitgetheilt und erklärt worden (S. 432. 433).

eines von anderen Schriftstellern erhobenen Zweifels oder Streites.

Darauf läßt er folgen (§ 1) eine Reihe verschiedenartiger Fälle, die sich nicht so, wie die vorhergehenden, auf ein gemeinsames Verhältniß (das des Ganzen zum Theil) zurück führen lassen, wenigstens nicht so unmittelbar und sicher. Für diese Fälle giebt er zunächst keine eigene Entscheidung, wohl aber die Bemerkung, daß sie häufig Gegenstand von Streit und Zweifel seyen. — Er stellt nun eine Regel auf, woraus überall die Entscheidung hergenommen werden müsse, und diese Regel ist keine andere, als die, welche das Wesen der positiven Function der Einrede ausdrückt: das Daseyn einer eadem quaestio in beiden Klagen, als Bedingung der Anwendbarkeit der Exception. — Er fügt dann hinzu, daß in Anwendung dieser Regel fast in allen vorher angegebenen zweifelhaften Fällen die Exception in der That zugelassen werden müsse.

Er geht dann über (§ 2) zur besonderen Betrachtung eines unter jenen zweifelhaften Fällen, in welchem die Exception nicht anwendbar seyn soll.

Darauf folgt (§ 3) die besondere Betrachtung eines anderen unter jenen Fällen, dem noch eine ausgedehntere Anwendung zugeschrieben wird. In diesem weit umfassenden Fall soll wieder die Exception wirklich zur Anwendung kommen, und es wird ein scheinbarer Zweifel beseitigt, der für diesen Fall besonders erhoben werden könnte.

Endlich wird die schon oben aufgestellte Regel über die Anwendung der Exception in einer vollständigeren Formel wiederholt (§ 4), und es wird davon Anwendung gemacht auf das Verhältniß der Erbrechtsklage zur Eigenthumsklage (§ 4), so wie auf das Verhältniß der Erbrechtsklage zu einer aus derselben Erbschaft abgeleiteten Schuldklage (§ 5).

Es ist schon oben angeführt worden, daß ein neuerer Ausleger dem Ulpian den Vorwurf macht, er schwanke in dieser Stelle beständig zwischen dem Standpunkt der positiven und negativen Function der exceptio rei judicatae, und eben aus diesem Schwanken könnte man versucht seyn, die Dunkelheiten der hier vorliegenden Stelle, so wie die (wirklichen oder vermeintlichen) Widersprüche derselben zu erklären. Gegen diesen Vorwurf habe ich mich schon wiederholt erklärt. Es wird aber diese Meinungsverschiedenheit dazu dienen können, die Art, wie wir die beiden Gestalten oder Functionen jener Exception, in ihrer Verwandtschaft und Verschiedenheit, zu denken haben, noch anschaulicher zu machen, als es schon oben (§ 281. 282) versucht worden ist.

Wir sind jetzt gewohnt, jene beiden Functionen der Exception als auf verschiedenen, theilweise entgegengesetzten, Principien beruhend zu denken, und wir thun in sofern wohl mit dieser Auffassung des Gegenstandes, als durch diese scharfe Ausbildung des Gegensatzes eine vollständigere

Einsicht gewonnen worden ist. Nur würden wir zu weit gehen, wenn wir annehmen wollten, daß derselbe Gedanke auch schon bei der Entstehung und Ausbildung der positiven Function in dieser Art zum Bewußtseyn gekommen wäre.

Die ältere Gestalt der Exception beruhte auf dem Grundsatz, daß eine einmal angestellte Klage nicht von Neuem vorgebracht werden solle; hier knüpfte sich die Anwendung der Exception an ein äußeres, formelles Merkmal. Auch war dieser Grundsatz für die meisten Fälle ganz ausreichend. In der Praxis aber zeigten sich allmälig einzelne Fälle, worin jener Grundsatz nicht ausreichte; manche sogar, worin die consequente Durchführung derselben zu unbilliger Härte ausschlug. Die Wahrnehmung dieses praktischen Bedürfnisses führte zum Nachdenken über eine mögliche Abhülfe, und diese wurde darin gefunden, daß man an die Stelle des ursprünglichen formellen Grundsatzes einen mehr materiellen setzte, hergenommen aus der inneren Natur des Rechtsverhältnisses und des Rechtsstreites. Anstatt daß man sich früher damit begnügte, die Wiederholung einer Klage zu verhindern, ging jetzt das Bestreben dahin, den Inhalt eines gesprochenen Urtheils gegen jede spätere Gefährdung sicher zu stellen, und dieser neuere, erschöpfendere Grundsatz (die eadem quaestio) ist in keiner Stelle so klar ausgesprochen, so wiederholt eingeschärft, und durch mannichfaltige Anwendungen anschaulich gemacht, als in der hier vorliegenden Stelle des Ulpian.

Dieſe Ausbildung des Rechtsinſtituts erfolgte aber nicht in der Art, daß man den älteren Grundſatz glaubte verwerfen, vernichten, durch einen neuen verdrängen zu müſſen; es war weniger eine Verneinung, als eine Vertiefung deſſelben. In der großen Mehrzahl der Fälle trafen ohnehin beide Grundſätze in ihren Folgen völlig zuſammen. So gerade in der bedeutenden Zahl von Fällen, die in unſrer Stelle Ulpian einer näheren Betrachtung unterwirft.

Wenn daher Ulpian in dieſer Stelle den Grundſatz der eadem quaestio wiederholt ausſpricht, und durch mannichfaltige Anwendungen erläutert, ſo konnte er daneben unbedenklich und arglos Ausdrücke gebrauchen, die mit dem Grundſatz der negativen Function (der Klagenconſumtion) zuſammen hangen (r). Es liegt in dieſer Ausdrucksweiſe kein Grund, ihm das Schwanken zwiſchen verſchiedenen Grundſätzen vorzuwerfen; ja ſelbſt eine Unvorſichtigkeit des Ausdrucks möchte in dieſem Verfahren kaum behauptet werden können.

(r) Dahin gehören folgende Ausdrücke: *eadem enim res* accipitur *(princ.)*. — Utrum *idem petere* videor, an *aliud* (§ 1). — *aliud* petere (§ 2). — videntur *in petitionem deduci* (§ 5). — Vgl. auch oben S. 433. 434.

Beilage XVII.

Causa adjecta s. expressa.

(Zu § 300.)

I.

Folgende Sätze sind im Römischen Recht deutlich ausgesprochen und auch von den neueren Rechtslehrern allgemein anerkannt.

Wenn eine persönliche Klage auf eine Sache abgewiesen wird, so kann eine neue persönliche Klage auf dieselbe Sache angestellt werden, vorausgesetzt, daß die derselben zum Grunde liegende Obligation einen anderen Entstehungsgrund hat, als die der früheren Klage zum Grunde liegende Obligation. Denn jede Obligation wird durch ihren Entstehungsgrund individualisirt, nicht durch ihren Gegenstand.

Anders verhält es sich bei den Klagen in rem. Die abgewiesene Eigenthumsklage auf ein Landgut kann daher nicht von Neuem angestellt werden, wenngleich die erste Klage auf Tradition, die zweite auf Ersitzung als Entstehungsgrund des Eigenthums gegründet werden sollte.

Jeder dieser Sätze ist als Regel unbestritten.

II.

Für die zweite dieser Regeln werden aber zwei Ausnahmen behauptet.

Die erste Ausnahme bezieht sich auf den Fall, wenn der Entstehungsgrund des Eigenthums, den der Kläger der späteren Klage zum Grunde legt, neuer ist, als der frühere Rechtsstreit (causa superveniens), weil dann das frühere Urtheil über diesen Entstehungsgrund nicht entschieden haben kann.

Diese Ausnahme ist gleichfalls unbestritten.

Die zweite Ausnahme betrifft den Fall, wenn die frühere Klage nicht auf das Eigenthum dieser Sache überhaupt gerichtet, sondern auf einen bestimmten Entstehungsgrund dieses Eigenthums (z. B. Tradition) ausdrücklich beschränkt war. Dann soll es, in Folge dieser Ausnahme, erlaubt seyn, von Neuem eine Eigenthumsklage auf dieselbe Sache anzustellen, wenn darin das Eigenthum aus einem anderen Entstehungsgrund, z. B. aus der Ersitzung, abgeleitet wird (a).

Diese zweite Ausnahme, die in neuerer Zeit lebhaft angefochten worden ist, soll hier einer neuen Untersuchung unterworfen werden.

Der Untersuchung selbst ist eine nähere Feststellung des

(a) Auf folgende Stellen wird diese Ausnahme gegründet: *L.* 11 § 2 *de exc. rei jud.* (44. 2) von Ulpian, und *L.* 14 § 2 *eod.* von Paulus.

Sinnes und der Consequenzen beider entgegenstehenden Meinungen voran zu schicken.

III.

Die Vertheidiger der Ausnahme nehmen an, daß die erste und die zweite Klage auf bestimmte, und zwar verschiedene, Entstehungsgründe des eingeklagten Rechts beschränkt gewesen seyn müsse. Diese Beschränkung muß nach dem älteren Römischen Prozeß ohne Zweifel in die formula gelegt worden seyn. — Da wir keine formula haben, so muß im heutigen Prozeß die Beschränkung in der Klage ausgedrückt seyn. Nur kann dazu die bloße Erzählung, wie das Eigenthum entstanden sey, nicht genügen; vielmehr muß die bestimmte Absicht ausgedrückt werden, die erwähnte Ausnahme herbeizuführen, wobei es jedoch gleichgültig ist, in welchen Ausdrücken, und an welchem Orte der Klage Dieses geschehen möge.

IV.

Wählt der Kläger den Weg dieser Ausnahme, so sind damit Vortheile und Nachtheile für ihn verknüpft. Der Vortheil besteht darin, daß er sich für den Fall der Abweisung einer so beschränkten Klage eine neue Klage vorbehält. Der Nachtheil ist darin zu suchen, daß er nun zur Begründung der angestellten Klage keinen anderen, als den besonders angegebenen Entstehungsgrund, benutzen darf, anstatt daß er ohne diese Beschränkung nicht nur jeden

anderen Grund, sondern auch mehrere Gründe neben einander, geltend machen könnte.

V.

Die Gegner der Ausnahme wollen durch die Verwerfung derselben die Wirksamkeit der exceptio rei judicatae erweitern, also die Möglichkeit einer Wiederholung abgewiesener Klagen beschränken. Weil aber Dieses in manchen einzelnen Fällen allzu hart seyn könnte, so fügen sie eine Milderung hinzu, die in der Ertheilung einer Restitution bestehen soll. Durch diese Restitution soll der abgewiesene Kläger die Eigenthumsklage aus einem neuen Entstehungsgrund anstellen können, auch wenn dazu nicht durch den beschränkenden Vorbehalt in der ersten Klage der Grund gelegt worden ist.

Beschränkt man diese Restitution auf die allgemeinen Restitutionsgründe, z. B. Minderjährigkeit oder Betrug, so ist die Aushülfe sehr unbedeutend. Ueberläßt man sie dagegen dem freien Ermessen des Richters, so daß eben jene Härte als Restitutionsgrund gelten soll, dann wird dadurch eine Willkühr und Rechtsunsicherheit herbeigeführt, wodurch die sichere Wirksamkeit der Rechtskraft weit mehr verliert, als für sie durch die Verwerfung der Ausnahme gewonnen werden soll.

VI.

Ich gehe nun zur Darstellung des Streites selbst über. Bis vor etwa zwanzig Jahren wurde die Richtigkeit der

Ausnahme so allgemein angenommen, daß kein Zweifel darüber wahrzunehmen war (b). Puchta zuerst versuchte es, dieselbe mit Scharfsinn und Gelehrsamkeit zu widerlegen, und seit dieser Zeit sind die Stimmen ziemlich getheilt geblieben.

Als Gegner der Ausnahme sind folgende Schriftsteller zu bemerken:

Puchta Rhein. Museum B. 2 (1828) S. 251—270, B. 3 S. 467—487.

Cursus der Institutionen B. 2 § 175.

Zimmern Rechtsgeschichte B. 3 S. 152. 422.

Buchka B. 1 S. 145, so viel das Römische Recht betrifft.

Als Vertheidiger der Ausnahme, also der früherhin allgemeinen Meinung, sind seitdem folgende Schriftsteller aufgetreten:

Hefftter Rhein. Museum B. 3 S. 222—238.

Richelmann Einfluß des Irrthums auf Verträge S. 116—118.

Brackenhoeft Identität der Rechtsverhältnisse S. 116 bis 118.

Buchka B. 2 S. 192 nach dem heutigen Recht.

Wächter Württemb. Privatrecht B. 2 S. 445.

Der Reihe dieser Vertheidiger schließe auch ich mit voller Ueberzeugung mich an.

Ganz vereinzelt steht hierin die Meinung von Kierulff

(b) Noch bei Keller (1827) S. 290. 291 findet sich keine Spur eines Zweifels.

S. 257, welcher behauptet, nach der modernen aequitas müsse jede Klage, sie möge eine Beschränkung auf einen bestimmten Entstehungsgrund enthalten, oder nicht, den Vortheil genießen, den die Römer mit der causa expressa verbanden. Durch eine solche aequitas würde aller Vortheil zerstört seyn, den in dieser Lehre die Praxis aus den Grundsätzen einer gesunden Theorie zu ziehen vermag.

VII.

In dem Streit selbst sind bisher Gründe von dreierlei Art geltend gemacht worden: Erstlich allgemeine Betrachtungen über das wahre Bedürfniß des Prozeßrechts; zweitens die sonst bekannten allgemeinen Formen des Römischen Prozesses; drittens, was das Wichtigste ist, der Inhalt der zwei Stellen der Digesten, aus welchen allein die Ausnahme hergeleitet wird. Ich will mich in der eigenen Untersuchung an diesen von Anderen gewählten Gang anschließen, und jede dieser drei Klassen von Gründen besonders erwägen.

VIII.

Was zuerst das allgemeine Bedürfniß des Prozeßrechts betrifft, so behaupten die Gegner, die Ausnahme sei unzweckmäßig, und sie enthalte eine große Härte gegen den Beklagten, den der Kläger auf diese Weise mit immer erneuerten Klagen beunruhigen könne. Für einzelne Fälle

eines dringenden Bedürfnisses sey es besser, durch Restitution zu helfen (c).

Keine dieser Behauptungen kann zugegeben werden (d). Eine Gefahr für die Ruhe des Beklagten ist gewiß nicht vorhanden, da der Kläger die Lust an oft wiederholten vergeblichen Klagen durch die Prozeßkosten theuer bezahlen müßte.

Daß für den Kläger nicht selten ein wichtiges und billiges Bedürfniß zu einem solchen Verfahren eintreten kann, wird aus der Betrachtung folgender Fälle unverkennbar hervorgehen. Bei einer Eigenthumsklage kann der Kläger von dem Erwerb durch Tradition überzeugt seyn, für den Fall aber, daß der Richter denselben nicht annehmen sollte, den Erwerb durch Ersitzung nachzuweisen vorbehalten wollen. Die gleichzeitige Verhandlung beider Erwerbungsgründe kann dadurch unzweckmäßig werden, daß der Beweis der Ersitzung sehr umständlich und kostspielig seyn kann. — Wenn ein eingesetzter Erbe, der zugleich der nächste Verwandte des Verstorbenen ist, die Erbrechtsklage anstellen will, die Gültigkeit des Testaments aber zweifelhaft ist, so kann der Kläger zwischen zwei verschiedenen, einander widersprechenden, Erbrechtsklagen wählen (e). Hier scheint es natürlicher und zweckmäßiger, zunächst eine dieser Klagen allein durchzuführen mit Vor-

(c) Puchta Mus. B. 2 S. 261, B. 3 S. 483—485.

(d) Vgl. Hefftter Mus. B. 3 S. 230. 231.

(e) Ein Fall solcher Art ist vorausgesetzt in *L.* 30 *pr. de exc. rei jud.* (44. 2), s. o. S. 459.

behalt der anderen, als beide zu verbinden, indem bei dieſer Verbindung die Vertheidigung einer jeden dieſer Klagen durch die widerſprechende Vertheidigung der anderen nothwendig geſchwächt werden muß.

Die Gegner wollen für ſolche Fälle durch ſpätere Ertheilung einer Reſtitution helfen. Allein eine regelmäßige Vorſorge iſt für Fälle der oben beſchriebenen Art offenbar räthlicher und zweckmäßiger, als eine außerordentliche und willkürliche, deren Gefahren ſchon oben (Num. V.) bemerklich gemacht worden ſind, und die, je nach den zufälligen Anſichten des Richters, bald unbillig gewährt, bald unbillig verſagt werden kann.

IX.

Ich wende mich nun zur Betrachtung der Gründe, die aus den Formen des alten Römiſchen Prozeſſes hergenommen ſind, an welche Formen allerdings Ulpian und Paulus (Note a) gedacht haben müſſen. Es fragt ſich alſo, wenn ein ſolcher Vorbehalt, wie ihn die hier beſtrittene Ausnahme vorausſetzt, gemacht werden ſollte, wie derſelbe in jene Formen eingefügt werden konnte.

Bekanntlich gab es (außer der legis actio) für die Klagen in rem zwei verſchiedene Formen: durch Sponſion, und durch petitoria formula (f).

Daß mit der Sponſionsklage jener Vorbehalt vereinbar war, geben die Gegner ſelbſt zu. Es wird nur bezweifelt,

(f) Gajus IV. § 91—95.

ob der Beklagte auf eine ſo gefaßte Sponſionsformel ſich habe einlaſſen müſſen, und es wird hinzugefügt, daß für das Juſtinianiſche Recht in jedem Fall dieſe Form als unanwendbar gedacht werden müſſe (g). Dieſes Letzte iſt denn auch unbedenklich zuzugeben.

X.

Die Frage beſchränkt ſich daher auf den Fall der petitoria formula, d. h. derjenigen Geſtalt der Eigenthumsklage, welche allein in den Digeſten vorkommt, und darin regelmäßig den Namen rei vindicatio führt. Wie war es möglich, hier jenen Vorbehalt einzufügen?

Er konnte vielleicht ſchon in die Intentio geſetzt werden (h). Die Gründe, die man gegen dieſe Möglichkeit angeführt hat (i), kann ich nicht als durchgreifend anerkennen. Durch eine ſolche Faſſung, wird geſagt, habe die Klage aufgehört, eine Eigenthumsklage zu ſeyn, und ſey gewiſſermaßen eine in factum actio geworden. Allein wenn etwa die Formel: Si paret, hominem Stichum Auli Agerii esse, den Zuſatz bekommen hätte: ex causa mancipationis, ſo war Dieſes noch immer eine reine juris civilis intentio (k). — Ferner wird geſagt, unter dieſer Voraus-

(g) Puchta Muſ. B. 2 S. 264. 265. 268. Vgl. B. 3 S. 467.

(h) Hefftter S. 234 giebt dafür eine mögliche Faſſung an.

(i) Puchta Muſ. II. 263—267, III. 474. 477.

(k) Hierauf allein kommt es an, damit eine in jus concepta intentio angenommen werden könne, im Gegenſatz einer in factum concepta. Gajus IV. § 45. 46.

setzung hätte es mehrere Arten der Fassung einer petitoria formula geben müssen, wovon wir doch keine Spur hätten. Dabei ist nur zu bedenken, daß alle überhaupt vorhandenen Spuren der petitoria formula ohnehin höchst dürftig und zufällig sind, wodurch der eben angegebene Grund der Gegner völlig entkräftet wird.

Also für möglich halte ich es allerdings, daß jener Vorbehalt in die Intentio eingefügt wurde, allein nicht für wahrscheinlich, und zwar deswegen nicht, weil die folgende Art der Einfügung viel einfacher, natürlicher, und darum wahrscheinlicher ist.

XI.

Eine andere Art möglicher Einfügung jenes Vorbehalts ist nämlich die durch eine praescriptio, und diese halte ich durch ihre Einfachheit und Natürlichkeit, so wie durch so manche ganz nahe liegende Analogie, für ganz unzweifelhaft.

Die Gründe, die dagegen aufgestellt worden sind (l), erscheinen mir als völlig unerheblich.

Man sagt, Präscriptionen seyen nur im Fall eines dringenden, unabweislichen Bedürfnisses gegeben worden, welches hier fehlte. — Wir wissen jedoch kein Wort davon, wie leicht oder schwer die Römer es nahmen bei der Gestattung von Präscriptionen. Daß es aber auch in unsrem

(l) Puchta Mus. II. 260, III. 471.

Fall an einem ernſten Bedürfniß nicht fehlte, iſt ſchon oben gezeigt worden (Num. VIII.). In einem von Gajus angeführten Fall einer wirklich ertheilten praescriptio (m) iſt das dringende Bedürfniß gewiß weit weniger einleuchtend, als in unſrem Fall.

Ferner, ſagt man, ſey es ganz ungewiß, ob überhaupt bei Klagen in rem Präſcriptionen gegeben worden ſeyen. — Allerdings ſind die Beiſpiele, die Gajus angiebt, nur von perſönlichen Klagen entlehnt; da er jedoch überhaupt nur zwei Beiſpiele angiebt, ſo liegt in dieſer Induction gewiß ein ſehr ſchwacher Grund gegen die Anwendung der Präſcriptionen auch auf Klagen in rem.

XII.

Die Anwendung einer Präſcription auf einen Fall der hier in Frage ſtehenden Ausnahme muß in folgender Weiſe gedacht werden.

Sollte eine Eigenthumsklage beſchränkt werden auf den Erwerb des Eigenthums durch Mancipation, alſo mit dem Vorbehalt einer künftigen neuen Klage aus einer Uſucapion, ſo wurde die Präſcription hinzugefügt:

ea res agatur de fundo mancipato (n).

(m) Gajus IV. § 131 „ea res agatur de fundo mancipando.“

(n) Ganz ähnlich der von Gajus IV. § 131 angeführten Präſcription: ea res agatur de fundo *mancipando*. Dieſe Präſcription ſollte den Zweck einer actio emti auf die Mancipation (mit Ausſchluß der noch vorbehaltenen Tradition) beſchränken. In unſrem Fall ſoll die Begründung der Vindication auf die Mancipation

Wurde nun diese Klage rechtskräftig abgewiesen, und sollte späterhin eine neue Eigenthumsklage auf Usucapion gegründet werden, so war auch dabei wieder eine Beschränkung nöthig, sonst wären alle möglichen Erwerbungsgründe geltend gemacht worden, also unter andern auch der rechtskräftig abgewiesene Grund der Mancipation, wodurch der Beklagte einen Anspruch auf die Einrede der Rechtskraft erhalten hätte. Diese zweite Beschränkung konnte nun in ganz gleichartiger Weise, wie die erste, ausgedrückt werden, etwa:

ea res agatur de fundo usucapto.

Es war aber auch eine allgemeinere Fassung dieser zweiten Präscription möglich und ausreichend, die dann auch auf Fälle anderer Art angewendet werden konnte (o), etwa in diesen Worten:

ea res agatur de eadem re alio modo.

Diese letzte Form einer Präscription kam nun in der That vor nach folgenden unzweideutigen Zeugnissen, und in diesen Zeugnissen liegt daher zugleich eine wichtige geschichtliche Bestätigung der hier aufgestellten Behauptung,

beschränkt werden (mit Ausschluß der noch vorbehaltenen Begründung durch Usucapion). Beide Präscriptionen haben den Zweck, irgend Etwas für künftige Zeit dem Kläger vorzubehalten. — Bei der Erbrechtsklage konnte die Präscription etwa so lauten: ea res agatur de hereditate ex testamento (oder de B. P. secundum tabulas) — oder: ea res agatur de legitima hereditate (oder de B. P. unde legitimi).

(o) So z. B. auf den, in der Note n. angeführten, Fall bei Gajus IV. § 131, wenn späterhin die actio emti auf die vacua possessio tradenda angestellt werden sollte.

daß unter den Präſcriptionen eine Formel üblich war, die auf den Fall unſrer Ausnahme unmittelbar angewendet werden konnte.

Cicero ad fam. XIII. 27 (an Servius aus dem J. 707):

„Licet eodem exemplo saepius tibi hujus generis litteras mittam . . . tamen non parcam operae, et, *ut vos soletis in formulis*, sic ego in epistolis: DE EADEM RE ALIO MODO.“

Cicero de finibus V. 29 (aus dem J. 708):

„Quae cum Zeno didicisset a nostris, *ut in actionibus praescribi solet*, DE EADEM RE egit ALIO MODO“ (p).

(p) Neuerlich iſt dieſe, von Cicero zweimal angeführte, Präſcription anders gedeutet worden von Liebe Stipulation S. 173. Es ſoll nämlich darunter verſtanden ſeyn die von Seiten des Beklagten vorgebrachte praescriptio (eigentlich exceptio) rei judicatae, und der Zuſatz: alio modo, ſoll darauf gehen, daß nach L. 7 § 4 de exc. r. j. dieſe Exception gegen eine neue Klage vel alio genere judicii gebraucht werden konnte. Ich muß dieſe Erklärung verwerfen als gezwungen und unhaltbar. Die wenigen Stellen, in welchen die exc. r. j. den Namen praescriptio führt (L. 10. 11 de exc., L. 29 pr. de exc. r. j., L. 63 de re jud., L. 42 de lib. causa), ſind aus der Nachläſſigkeit des Ausdrucks zu erklären, nach welcher ja auch ſonſt die Namen praescriptio und exceptio willkührlich verwechſelt zu werden pflegen. Wäre hier wirklich die exc. rei jud. gemeint, ſo hätte wenigſtens die Formel ganz anders lauten müſſen, nämlich nach Gajus IV. § 133 etwa ſo: ea res agatur, *si* ea res judicata *nondum sit*. Der poſitive Ausdruck: de eadem re, konnte nur zu einer eigentlichen praescriptio paſſen, die pro actore aufgeſtellt wurde (Gajus IV. 130. 133). — Mancher anderen Gründe gegen dieſe Erklärung nicht zu gedenken.

XIII.

Nachdem die allgemeinen Gründe für und wider die Richtigkeit der Ausnahme geprüft worden sind, sollen nunmehr die zwei Stellen der Digesten erklärt werden, woraus die Ausnahme herzuleiten ist.

L. 11 *de exc. rei judicatae* (44. 2) (q).

§ 1. Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem.

§ 2. Si quis autem petat, fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit: si postea alia ex causa petat, causa adjecta non debet summoveri exceptione.

Beide Paragraphen drücken offenbar zwei entgegengesetzte Fälle aus, die daher auch verschieden behandelt werden sollen. Die Stellung des autem aber im § 2 zeigt, daß der Gegensatz schon in den ersten Worten dieses §. angedeutet seyn soll. Folgende Paraphrase wird den Inhalt beider Sätze zur Anschauung bringen.

Wenn ich einen Sclaven vindicire, in der Meinung, daß ich ihn durch Tradition erworben habe, und wenn ich mit dieser Klage abgewiesen werde, dann aber die

(q) Über den inneren Zusammenhang dieser ganzen Stelle vgl. Heffter S. 227. 228.

Entdeckung mache, daß ich in der That Eigenthum hatte, nur nicht in Folge einer Tradition, sondern in Folge einer Beerbung, so wird mir die Einrede der Rechtskraft entgegen stehen, wenn ich deshalb von Neuem eine Vindication anstelle. Wenn ich dagegen die erste Vindication angestellt habe, nicht blos in der irrigen Voraussetzung einer Tradition, sondern indem ich diese Erwerbung als Grund der Vindication in der Klage ausdrücklich angebe (Si .. petat, fundum suum esse, eo quod Titius .. tradiderit), so bin ich nach abgewiesener Klage durch jene Einrede nicht gehindert, eine neue Vindication aus einem anderen Erwerbsgrund anzustellen, weil ich die causa nicht blos vorausgesetzt, sondern in der Klage ausgedrückt hatte (causa adjecta für: quia causa adjecta erat).

Puchta erklärt die Worte: causa adjecta, von einer nova oder superveniens causa, also von der oben aufgeführten ersten Ausnahme (Num. II), so daß dann die zweite Ausnahme durch diese Stelle keine Begründung erhalten würde (r).

Dieser Erklärung stehen folgende Gründe entgegen. Nach mehreren anderen Stellen bezeichnet der Ausdruck causa adjecta vielmehr einen vom Kläger in der Klagformel gemachten Zusatz (s), also eine reine Thätigkeit des Klägers,

(r) Puchta Mus. II. S. 258. Heffter S. 223. 227. — Als Unterstützung jener Erklärung kann nicht angeführt werden *L.* 3 *de*

(s) *L.* 1 § 2 *de rei vind.* (6. 1), Vaticana fragm. § 52. Vgl.

anſtatt daß der ſpätere Erwerb ohne Wiſſen und Zuthun des Klägers eingetreten ſeyn kann, alſo durch jenen Ausdruck ſehr unpaſſend, in jedem Fall ſehr undeutlich, bezeichnet ſeyn würde.

Ferner würden alsdann die §§ 4 und 5 eine ganz müßige, zweckloſe Wiederholung des § 2 enthalten, anſtatt daß nach der gewöhnlichen, auch von mir angenommenen, Erklärung die eine Ausnahme in dem § 2, die andere in dem § 4 enthalten iſt, und der § 5 nur nochmals an die mutata opinio erinnert, um den Gegenſatz derſelben gegen das adquisitum postea dominium recht ſcharf hervor zu heben.

XIV.

Die zweite, von Paulus herrührende, Stelle lautet ſo: *L.* 14 § 2 *de exc. rei jud.* (44. 2):

> Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur: at cum in rem ago, *non expressa causa, ex qua rem meam esse dico*, omnes causae una petitione apprehenduntur. Neque enim amplius, quam semel, res mea esse potest: saepius autem deberi potest.

Dieſe Stelle iſt ſo zu erklären. Die Abweiſung einer

usurp. (41. 3) „Usucapio est *adjectio dominii* per continuationem possessionis“; denn der fortgeſetzte Beſitz beſteht ja eben in einer ſteten Thätigkeit des Beſitzers.

persönlichen Klage hindert den Kläger nicht, auf denselben Gegenstand von Neuem zu klagen, wenn nur die neue Klage auf einer Obligation aus einem anderen Entstehungsgrunde (causa) beruht; denn jeder besondere Entstehungsgrund bildet eine besondere, für sich bestehende Obligation. Anders verhält es sich bei den Klagen in rem, die stets das Recht an einem bestimmten Gegenstand an sich selbst, und mit allen dabei denkbaren Entstehungsgründen, umfassen, so daß die abgewiesene Klage in rem nicht wiederholt werden darf, auch wenn der Kläger einen anderen als den früher vorgebrachten Entstehungsgrund geltend machen wollte. Diese letzte Regel leidet jedoch eine Ausnahme in dem Fall, wenn der Kläger bei der ersten Klage einen bestimmten, einzelnen Entstehungsgrund des Rechts, aus welchem allein er jetzt klagen wolle, ausgedrückt hat; in diesem Fall hindert ihn die Abweisung nicht, später aus einem anderen Entstehungsgrund zu klagen.

Ich glaube nicht, daß die Einfachheit und Natürlichkeit dieser Erklärung bezweifelt werden kann. Eine besondere Unterstützung derselben finde ich aber darin, daß sie so ganz mit dem Inhalt der vorhergehenden Stelle (Num. XIII.) übereinstimmt, während doch in beiden Stellen Ausdruck und Wendung völlig verschieden ist.

Die Gegner dieser Ausnahme erklären die Worte: non expressa causa, so: „da bei den Klagen in rem die Erwerbsart nicht vorkommt, d. h. nicht vorkommen kann",

oder: „wegen Nichthervorhebung der Erwerbsart“ (t). Sie sehen also in diesen Worten nicht eine hinzugefügte Ausnahme, sondern den Grund der Allgemeingültigkeit der Regel selbst. Ich finde diese Erklärung nicht nur an sich sehr gezwungen, sondern vorzüglich deshalb verwerflich, weil es, wenn eine solche Ausnahme, wie die Gegner meinen, den Römern völlig fremd war, an allem Motiv fehlte, jene Worte hinzuzufügen. Wäre die juristische Controverse, in deren Mitte wir uns jetzt befinden, vor der Zeit des Paulus geführt worden, so konnten etwa jene Worte zur Noth hinzugefügt werden, als Warnung und Widerspruch gegen die (von Paulus mißbilligte) Meinung. Wenn aber, wie die Gegner voraussetzen, die Römer an eine solche Ausnahme niemals dachten, so ist in der That kein Grund einzusehen, weshalb Paulus die Worte: non expressa causa, beizufügen für nöthig finden konnte.

XV.

Eine wichtige Unterstützung der hier behaupteten Ausnahme liegt noch in der ganz ähnlichen Behandlung eines anderen, aber nahe verwandten Falles. Wenn ein Käufer die erkaufte Sache wegen Fehlerhaftigkeit zurück geben wollte, so konnten dabei verschiedene Mängel in Betracht kommen; war nun die a. redhibitoria einmal zurück-

(t) Puchta Rus. II. S. 269, III. S. 481; nonexpressa causa soll also so viel heißen, als: cum in his actionibus causa non exprimatur, oder exprimi non possit, non soleat.

gewiesen, so konnte sie nicht wegen eines angeblichen anderen Mangels wiederholt werden. Jedoch konnte sich der Kläger diese Wiederholung dadurch vorbehalten, daß er die erste Klage ausdrücklich auf einen bestimmten, einzelnen Mangel vermittelst einer Präscription beschränkte; dann stand, wenn die Klage abgewiesen wurde, einer neuen Klage wegen eines anderen Mangels Nichts entgegen (u).

L. 48 § 7 *de aedil. ed.* (21. 1).

Cum redhibitoria actione de sanitate agitur, permittendum est, de uno vitio agere, et praedicere, ut, si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur.

Dieser Fall hat unverkennbare Ähnlichkeit mit dem Fall verschiedener Entstehungsgründe des Erbrechts oder des Eigenthums. Die Natur des Bedürfnisses ist in beiden Fällen ganz dieselbe; und dieses Bedürfniß wird bei der redhibitorischen Klage ganz auf dieselbe Weise befriedigt, wie wir es für die Klagen in rem vermittelst unseres Ausnahme behaupten.

(u) Bei der a. quanti minoris ist diese Vorsicht nicht einmal nöthig; vielmehr kann hier die Klage wegen neuer Fehler stets wiederholt werden, die erste Klage mag nun zuerkannt oder abgewiesen seyn; nur darf die Summe der einzeln zuzusprechenden Rückzahlungen niemals die Summe des ganzen Kaufpreises übersteigen. *L.* 31 § 16 *eod.* Der Grund des Unterschiedes liegt darin, daß die redhibitorische Klage nur ein einfaches Object hat, die Auflösung des Kaufes, welche nur einmal denkbar ist. Die a. quanti minoris dagegen geht auf einzelne Geldzahlungen, die neben einander bestehen können.

XVI.

Die hier abgehandelte Streitfrage hat eine ganz neue Wendung bekommen durch die Einmischung einer dem Prozeßrecht angehörenden Frage.

Viele behaupten nämlich, nach den Reichsgesetzen müsse in der Eigenthumsklage (und so auch in anderen Klagen in rem) der besondere Entstehungsgrund des Eigenthums sogleich in der Klageschrift angegeben werden; wo diese Angabe fehle, sey die Klage sogleich angebrachtermaßen abzuweisen (v).

Andere Prozeßlehrer verwerfen diese Strenge als ganz unbegründet; auch läßt sich eine durchgreifende Regel des gemeinen Prozesses, unterstützt durch eine übereinstimmende Praxis, dafür gewiß nicht behaupten (x). Eben so ist diese Behauptung dem canonischen Recht völlig zuwider, welches geradezu die Möglichkeit voraussetzt, mit oder ohne die Angabe bestimmter Entstehungsgründe des behaupteten Rechts zu klagen (y).

Diese Streitfrage interessirt uns jedoch hier nur in ihrer Rückwirkung auf die so eben beendigte Untersuchung

(v) Gönner B. 2 S. 180—182. Bayer S. 216. Martin § 144. Borst Archiv B. 1 N. 14 S. 174. Langenn und Kori Erörterungen N. 12. Buchka B. 2 S. 198. Wächter Handbuch B. 2 S. 446.

(x) Heffter Prozeß § 343 und Museum B. 3 S. 237. Ferner die Schriftsteller, die für diese Meinung bei Heffter und bei Langenn (Note v) angeführt sind, worunter sich gerade die angesehensten Praktiker befinden.

(y) *C.* 3 *de sent. in VI.* (2. 14), s. o. § 282 S. 70.

einer das materielle Recht, und zwar die Lehre von der Rechtskraft, betreffenden Frage.

Es wird nämlich von mehreren Seiten behauptet, aus jener strengen Lehre des Prozeßrechts folge, daß die von uns für die Klagen in rem behauptete Ausnahme im heutigen Recht zur allgemeinen Regel umgewandelt worden sey. Denn da nun jeder Kläger sogleich in der Klage den Entstehungsgrund seines Eigenthums angeben müsse, so sey jedesmal der Fall vorhanden, den unsre Ausnahme voraussetzt, und es könne daher jede abgewiesene Eigenthumsklage wiederholt werden, sobald nur der Kläger einen anderen, als den früheren Entstehungsgrund des Eigenthums, bei der neuen Klage angebe (z).

Diese Folgerung kann ich nun auf keine Weise als richtig anerkennen. Wenn der Kläger, so wie es jene strenge Lehre fordert, den Entstehungsgrund seines Eigenthums angiebt, so ist Das noch sehr verschieden von der bindenden Erklärung, sich in diesem Rechtsstreit nur allein dieses Grundes bedienen zu wollen, auf welche Erklärung Alles ankommt, indem damit bestimmte Vortheile und Nachtheile verbunden sind (Num. III. IV.). Die bloße Angabe des Entstehungsgrundes ohne diese Erklärung würde etwa zu vergleichen seyn einer ähnlichen Erzählung der Thatsachen, die im Römischen Prozeß der Kläger vor

(z) Puchta Mus. II. S. 267. Wächter S. 445. — Diese Meinung führt auf einem anderen Wege zu demselben Erfolg, welchen Kierulff aus der heutigen aequitas ableitet (S. 518. 519.)

dem Prätor vorgetragen hätte. Auch diese Erzählung würde keinen Einfluß auf den ferneren Gang der Sache gehabt haben, und nur die Aufnahme einer entsprechenden Stelle in die formula hätte einen solchen Einfluß haben können.

Ich muß daher zuerst bestreiten, daß nach dem heutigen gemeinen Prozeß eine Eigenthumsklage nur unter der Voraussetzung angenommen werden dürfe, wenn darin die Angabe eines bestimmten Entstehungsgrundes des Eigenthums enthalten sey.

Gesetzt aber auch, man wollte diese strenge Lehre des Prozeßrechts annehmen, so muß ich ferner bestreiten, daß dadurch die Natur der hier untersuchten Ausnahme umgebildet worden sey, und daß sich dieselbe aus einer bloßen Ausnahme in die nunmehr allgemein gültige Regel (entgegengesetzt der Regel des Römischen Rechts) umgewandelt habe.

Gedruckt in der Deckerschen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei.